Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Recht der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst.

Ein Beitrag zur Lehre von der Haftpflicht.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

GENEHMIGT

VON DER JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

UND

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

ÖFFENTLICH ZU VERTHEIDIGEN

am 21. Juli 1894 um 1 Uhr

von

Hermann Hanau

Kammergerichts-Referendar.

OPPONENTEN:

Hr. Dr. iur. Gotthold Gerth, Gerichts-Assessor.
- Dr. iur. Edgar Haniel, Kammergerichts-Referendar.
- Cand. iur. Adolf Hertzog.

Berlin.

Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke), Berlin N.
Linienstr. 158.

Seinen theuren Eltern

in Liebe und Dankbarkeit

gewidmet

vom

Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535723_0028

Inhalt.

Seite

I. Abschnitt. Einleitung.
§ 1. Stellung des Themas im Obligationenrecht 7
§ 2. Begrenzung des Themas 8
§ 3. Das Wesen des Mandats 11
§ 4. Die Methode 12
II. Abschnitt. Die Haftung des Mandanten abhängig von dem Verhalten des Mandanten selbst.
I. Kapitel. Allgemeine Gesichtspunkte 14
II. Kapitel. Dogmengeschichtlicher Theil. Theorieen, welche die Haftung des Mandanten durch seine Culpa begrenzen oder motiviren.
§ 1. Die herrschende Lehre 16
§ 2. Die Theorie von Hasse, Dernburg (und Mommsen) . . 19
§ 3. Die Theorieen von Glück und Schirmer 25
§ 4. Die Ihering'sche Theorie 29
§ 5. Die Theorie Mommsen's und Koppel's 35
§ 6. Theorieen bei Glück, speciell die von Anton Faber . 42
III. Kapitel. Dogmatischer Theil.
§ 1. Unsere Erklärung der Africanus- und Paulus-Stelle (l. 62 §§ 1—7 D. 47, 2; l. 26 §§ 6, 7 D. 17, 1) . 44
§ 2. Die Regeln, nach denen der Mandant dem Mandatar für Schaden haftet, sowie deren juristische Motivirung 63
§ 3. Materieller Gegenstand der Haftung des Mandanten . 68
§ 4. Die Analogie der für das Mandat mit den für die Societät geltenden Regeln 70
III. Abschnitt. Die Haftung des Mandanten abhängig von dem Verhalten des Mandatars 75
IV. Abschnitt. Allgemeine Uebersicht 78
Anhang. Uebersicht über die Bestimmungen einiger hauptsächlicher Gesetzbücher in unserer Frage 80

I. Abschnitt.

Einleitung.

§ 1. Stellung des Themas im Obligationenrecht.

Die Lehre von den Voraussetzungen, unter welchen der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst, gehört zu demjenigen Theile des Obligationenrechts, der sich mit der Frage beschäftigt, wer bei Obligationen die Gefahr zu tragen hat[1]). Innerhalb dieses grossen Gebietes sind wieder drei Abtheilungen zu unterscheiden, die wir bei Schirmer[2]) in seinem Aufsatze: „Zur Lehre von dem Periculum casus bei Obligationen" in trefflicher Weise differencirt finden.

Die eine Abtheilung hat alle die Fragen zum Gegenstande, die sich auf den Einfluss des zufälligen Unterganges des geschuldeten Objects auf den Fortbestand der schuldnerischen Verpflichtung beziehen; die andere handelt bezüglich der zweiseitigen Obligationen von der eventuellen Berechtigung des Gläubigers, welcher wegen Zufalls seiner Leistungspflicht enthoben ist, nichtsdestoweniger die bedungene Gegenleistung zu fordern, und die dritte behandelt „die durch den casuellen Untergang oder zufällige Beschädigung eines Objects principaliter[3]) entstehende Verpflichtung zum Schadensersatze".

---

[1]) Vgl. den Aufsatz von Waechter: „Ueber die Frage, wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen" im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 15 No. 5 u. 9. Wenn auch unser Thema vom Schaden überhaupt redet, so dürfen wir dennoch seine Stellung innerhalb des Obligationenrechts nach der Lehre vom zufälligen Schaden bestimmen, denn die Untersuchung über den zufälligen Schaden bildet, wie wir sehen werden, den wesentlichen Inhalt desselben.

[2]) Schirmer, Zur Lehre von dem Periculum casus bei Obligationen, im 10. Band der Zeitschrift für Rechtsgeschichte S. 70.

[3]) Das heisst also, wie Schirmer es auffasst, eine Ersatzpflicht, die nicht bloss „als Aequivalent für eine andere ursprüngliche und casuell unmöglich gewordene Leistung eintritt", wie z. B., wenn der Commodatar in Folge der Vereinbarung mit dem Commodanten die casuell untergegangene commodirte Sache ersetzen muss, sondern eine Ersatzpflicht, die daher rührt, dass der Schuldner durch die ihm zu irgend einem — aus der Natur des betreffenden Contractes zu folgernden — Gebrauche übergebene Sache irgend einen Nachtheil erleidet.

Zu dieser letzten Abtheilung gehört unser Thema, zu einer Abtheilung also, von der Schirmer behauptet, sie sei bisher von unseren Autoren noch nicht in gebührendem Maasse berücksichtigt worden. Höchstens habe man die freiwillige Uebernahme des Periculum casus etwas sorgfältiger berührt, doch fänden sich Fälle mit principaler Ersatzpflicht nicht bloss in Folge besonderer Verabredung, sondern dieselben beruhten zum Theil schon auf allgemeiner gesetzlicher Vorschrift. — Und in der That ist der Vorwurf, den Schirmer hier der civilistischen Litteratur macht, nicht ganz unberechtigt: die gesetzlichen Vorschriften, die für diese Fälle der letzten Abtheilung im Corpus iuris in zahlreichen Stellen niedergelegt sind, sind bis jetzt durchaus noch nicht in dem Maasse beachtet worden, wie es die Wichtigkeit der Materie verdiente, und nur diesem Umstande ist es wohl zuzuschreiben, dass auf diesem Gebiete die bis jetzt noch lange nicht geklärten Ansichten weiter auseinandergehen, als auf den meisten anderen. Einigermaassen nun, soweit die Fähigkeit dazu vorhanden ist, zur Aufhellung des über dieser Materie lastenden Dunkels beizutragen, ist der Zweck der nachfolgenden Untersuchung, welche die oben angedeutete Frage speciell für das Mandat zu lösen bestrebt ist, aber auch, schon nur um des Vergleiches willen, die meisten der anderen Contracte, wenn auch nur flüchtig, in die Darstellung einbezieht.

§ 2. Begrenzung des Themas.

Gehen wir nunmehr zur Begrenzung des Umfanges unserer Untersuchung über, so ist dabei, dem Wortlaute unseres Themas gemäss, zuerst zu bemerken, dass sich die Darstellung speciell[1]) nur mit dem Mandat befassen wird, dass also die Betrachtung der Negotiorum gestio, weil sie nicht die reine Mandatsnatur aufweist, davon ausgeschlossen ist. Uebrigens würden sich bei letzterer erhebliche Abweichungen von den für das Mandat festgestellten allgemeinen Regeln wohl schwerlich ergeben. Innerhalb des Mandats selbst ist das Mandatum tua tantum gratia auszuscheiden. Allerdings gehört es, wie Mommsen[2]) treffend bemerkt, „nicht zum Begriffe des Mandats, dass die Handlung, welche vorgenommen werden soll, im Interesse oder gar im alleinigen Interesse des Mandanten liegt, oder dass dieselbe ganz ausserhalb des Interesses des Mandatars liegt“; es

[1]) Andere Contracte werden, wie ja bereits im § 1 angedeutet, auch in die Darstellung einbezogen werden, aber nicht um ihrer selbst willen, sondern nur insoweit sie zur Bestätigung oder zum Vergleich oder zum Beweis nöthig sind.

[2]) Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Bd. 2 S. 68. Vgl. auch Koppel a. a. O. S. 11, sowie die bei diesem citirten Stellen.

finden also die in dieser Untersuchung entwickelten Regeln auch auf das Mandatum aliena gratia, sowie auf das Mandatum tua et mea und tua et aliena gratia als volle Mandatsnatur besitzende Contracte Anwendung. Das Mandatum tua gratia aber ist, da es, wie Dernburg[3]) bemerkt, bloss die Bedeutung eines Rathes hat, nicht denselben Regeln wie die übrigen Arten des Mandats unterstellbar, sondern in denjenigen Fällen, in denen es wirklich rechtsverbindliche Kraft hat, seinen eigenen Gesetzen unterworfen[4]).

Eine weitere Frage ist die, ob unsere Erörterung über das Mandat und die für dasselbe im Folgenden aufzustellenden Regeln sich sowohl auf General- wie Specialmandat, oder nur auf eines dieser beiden beziehen. Dernburg in seinem römischen Pfandrecht[5]) meint, die im Corpus iuris, speciell von Africanus entwickelten Haftungsregeln gälten nur für das Specialmandat. Denn beim Generalmandat liege die Sache sehr einfach, nämlich so, dass der Mandant dabei nur hafte, wenn er Gelegenheit zur Warnung hatte. Dagegen wendet sich Koppel[6]), indem er behauptet, die Regeln, die er in seiner Abhandlung für das Mandat entwickelt, gälten sowohl für General- wie Specialmandat. Und es wird ihm hierin in der That beizupflichten sein. Denn es ist nicht einzusehen, warum den Mandatar nicht auch bei der Ausführung eines der Specialmandate, die durch das Generalmandat bedingt sind und in die dasselbe doch zerfällt, ein Schaden treffen soll, genau so, wie wenn das betreffende Mandat als Specialmandat gegeben worden wäre. Es bezieht sich also unsere Darlegung auf beide Arten von Mandaten, und es wird beim Generalmandat nur das Eine hinzukommen: der Mandatar wird nämlich den Nachweis zu führen haben, dass das Specialmandat, bei dessen Ausführung ihn der Schaden getroffen hat, in die Sphäre seines Generalmandats gehörte, das heisst also, nothwendiger Weise auszuführen war, wenn er sein Generalmandat in gebührender Weise erfüllen wollte! War das Specialmandat nicht nothwendiger Weise eine Folge des letzteren, so wird man allerdings die Haftung des Mandanten nicht nach den allgemeinen Regeln bestimmen dürfen.

Einer weiteren Begrenzung bedarf es hinsichtlich des Umfanges des Schadens, der bei der Darstellung zu betrachten ist. Schaden

---

[3]) Dernburg, Pandekten 3. Aufl. Bd. 2 S. 314, sowie die dort citirten Stellen, insbesondere Gaius lib. II.

[4]) Dieselben sind speciell bei Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 311 in der Anmerkung 8 entwickelt. Vgl. auch v. Vangerow, Pandekten Bd. 3 S. 493 ff.

[5]) Dernburg, Das Pfandrecht, S. 162 (§ 19[b]).

[6]) Koppel, Haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für den zufälligen Schaden, welchen dieser bei Ausführung des Auftrages erlitten hat? S. 25 Anm. 2.

ist, juristisch genommen, jeder vermögensrechtliche Nachtheil[7]), der Jemanden trifft. Auf den ersten Blick umfasst also unser Thema, das vom „Schaden“ schlechtweg handelt, den der Mandatar erleidet, ein sehr weites Feld, doch wird sich bei näherer Betrachtung ergeben, dass ein grosser Theil dessen, was auch Schaden genannt werden kann, von unserem Thema auszusondern ist. Gesetzt zum Beispiel, der Mandant wolle dem Mandatar aus irgend einem Grunde die Auslagen nicht ersetzen, die dieser bei der Ausführung des Auftrages für ihn gemacht, so wäre, wenn der Mandant dies wirklich unterlässt, auch hier für den Mandatar ein Schaden gegeben; trotzdem werden wir von der Haftpflicht des Mandanten für solchen Schaden nicht sprechen. Denn hier entsteht der Schaden für den Mandatar ja nur dadurch und nur dann, dass oder wenn der Mandant eine ihm gesetzlich zustehende Verpflichtung nicht erfüllt, und die Betrachtung, ob der Mandant dem Mandatar für Ersatz dieses Schadens haftet, fiele demnach zusammen mit der Frage, welche gesetzlichen Verpflichtungen der Mandant im Allgemeinen gegen den Mandatar hat[8]), das heisst in diesem speciellen Falle also mit der Frage, ob der Mandant verpflichtet ist, dem Mandatar seine Auslagen zu ersetzen. Dass die Darstellung dieser allgemeinen Verbindlichkeiten aber nicht die Aufgabe ist, die unser Thema stellt, ist einleuchtend[9]). Es wird also nur von demjenigen Schaden zu reden sein, der den Mandatar positiv trifft, das heisst, ganz unabhängig davon, dass der Mandant ihm zukommende Ersatz-Verpflichtungen nicht erfüllt, ein Schaden demnach, der dem Mandatar ganz unabhängig von den bezeichneten Handlungen des Mandanten thatsächlich fühlbar wird[10]).

---

[7]) Ein Nachtheil, der seiner principalen Natur nach kein vermögensrechtlicher ist, kommt für das Civilrecht nur in Betracht, soweit er sich in einen vermögensrechtlichen Schaden umsetzen lässt.

[8]) Denn erst dadurch, dass jener seine Verpflichtungen nicht erfüllt, erleidet dieser einen Schaden.

[9]) Die von uns hier aufgestellte Unterscheidung, die auf den ersten Blick als sehr selbstverständlich erscheint, ist wichtiger, als man glauben möchte, denn es giebt zahlreiche Fälle, in denen der bestehende Unterschied lange nicht so klar ist, wie bei dem im Text gegebenen Falle, und wo man daher, indem man die Regel des einen Falles auf die des anderen anwendet, zu ganz unrichtigen Entscheidungen kommt. Siehe ein Beispiel dafür in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 16 No. 26 S. 133.

[10]) Eine solche Definition fällt keineswegs mit der des zufälligen Schadens zusammen. Der Schaden kann trotzdem recht wohl dadurch entstanden sein, dass der Mandant in culpa ist (wobei also kein zufälliger Schaden vorliegt); es handelt sich hierbei nur um die im Texte bezeichnete Art von Handlungen des Mandanten, nämlich um die Nichterfüllung von Ersatz-Verpflichtungen, nicht etwa von Warnungspflichten und dergleichen.

§ 3. Das Wesen des Mandats.

Mit der Bestimmung des Begriffs des Mandats werden wir uns hier nicht lange aufzuhalten haben, denn die dabei etwa streitigen Punkte, wie die Abgrenzung von Auftrag und Vollmacht[1]), sind für die Betrachtungen, die wir hier anzustellen haben, gänzlich belanglos. Es genügt uns hier zu wissen, dass das Mandat ein Consensualcontract ist des Inhalts, dass der eine Contrahent, der Mandant, dem anderen Contrahenten, dem Mandatar, die Ausführung eines erlaubten[2]) Geschäftes überträgt, und der andere Contrahent, der Mandatar, dieses Geschäft ohne Entgelt auszuführen unternimmt[3]). Es sind nur zwei das innere Wesen des Mandats betreffende Punkte, die für uns von Wichtigkeit sind, nämlich einmal die Unentgeltlichkeit des Mandats und der daraus entspringende Unterschied desselben von der Locatio-conductio, und dann der bereits oben berührte Umstand, dass das Mandat nie ganz im Interesse des Mandatars, sondern zum Theil wenigstens in dem des Mandanten liegt. Wir haben eine Andeutung der Unentgeltlichkeit des Mandats bereits oben in unsere Definition aufgenommen; denn wenn diese Unentgeltlichkeit heutzutage auch keineswegs mehr ein bezeichnendes Merkmal desselben ist, ja in der römischen Kaiserzeit viel von ihrer Reinheit eingebüsst hatte, so war sie doch im Ganzen für das römische Recht ein Essentiale dieses Contractes[4]), und war gerade deshalb, wie wir im Folgenden sehen werden, von bedeutendem Einflusse auf die für die Haftung aus dem Mandat entwickelten Regeln[5]). Allerdings wird bald schon im römischen Recht für die Ausführung fremder Geschäfte ein Honorar[6]) ausgesetzt[7]), das

[1]) Vgl. darüber die bei Koppel a. a. O. S. 9 Anm. 2 citirte Litteratur; Windscheid, Pandekten Bd. 2 S. 487; Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 311; sowie die Lehrbücher des preussischen Privatrechts von Dernburg und Förster.

[2]) Vgl. l. 6 § 3, l. 22 § 6 D. 17, 1; § 7 J. 3, 26.

[3]) Vgl. die oben citirten Pandektenlehrbücher.

[4]) Vgl. l. 1 § 4 D. 17, 1: ‚Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit'.

[5]) Zur Geschichte des Mandats siehe besonders Dernburg, Preussisches Privatrecht Bd. 2 S. 516, speciell Abs. 1; Förster, Preussisches Privatrecht Bd. 2 § 141, sowie die Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich §§ 585, 586. Auch die Ausführung von Koppel in § 1 enthält viel Gutes.

[6]) Ueber den Unterschied von Honorar und Lohn vgl. Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 312.

[7]) Ob dieses Honorar auch ohne vorherige Verabredung verlangt werden könne, diese Frage gehört nicht hierher.

übrigens nie mit der Contractsklage, sondern nur mit einer extraordinaria Cognitio[8]) eingeklagt werden konnte; allerdings ist dieses Honorar, im Gegensatze zu früherer Zeit, heutzutage in vielen Fällen kaum mehr vom Lohn zu unterscheiden[9]), immer aber wird dabei, wie Dernburg[10]) — und im Anschluss an ihn Koppel — treffend bemerkt, auch noch heute das Eine entscheidend sein: nämlich das Bestreben, dem Mandanten einen Freundschaftsdienst, überhaupt einen seinen Interessen förderlichen Dienst zu erweisen[11]). Hierin wird auch das Merkmal zu finden sein, welches das Mandat von der Locatio-conductio unterscheidet, denn bei dieser ist weniger das Interesse des Auftraggebers, als die Absicht der Lohnerwerbung für den Vollbringer des Geschäfts maassgebend.

Ein zweiter das Wesen des Mandats betreffender Punkt, der auf die für das Mandat zu entwickelnden Regeln von Einfluss ist, ist der schon oben[12]) angedeutete Umstand, dass, wenn auch der gegebene Auftrag nicht nothwendiger Weise ganz ausserhalb der Interessensphäre des Mandatars zu liegen braucht, er dennoch vorzugsweise auf das Interesse des Mandanten gerichtet sein muss. Das Nähere darüber siehe oben im § 2.

§ 4. Die Methode.

Da unser Thema von den Voraussetzungen handelt, welche nach gemeinem Rechte den Mandanten für Schaden ersatzpflichtig machen, so folgt daraus für die Methode, die wir bei unserer Untersuchung zu befolgen haben, dass wir uns eng an die Quellen des gemeinen Rechts und darunter speciell an die Hauptquelle, das Corpus iuris, halten müssen. Unsere Untersuchung soll die Regeln ermitteln, die de lege lata für die Haftung des Mandanten für Schaden gelten; wir werden uns also immer wieder die Frage stellen müssen: Was sagen die Quellen, was sagt das Corpus iuris über unser Thema, und wir werden uns hüten müssen, unsere eigenen Wünsche, wie wir die Frage unserem Gerechtigkeitsgefühl gemäss am liebsten gestaltet sehen möchten, in die Darstellung hineinzutragen.

---

[8]) Vgl. l. 7 D. 17, 1; l. 1 C. 4, 35; l. 1 pr. ff. D. de extraordin. cognitionibus 50, 17.

[9]) Dafür s. speciell die Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 585, 586 Bd. 2 S. 527 f.

[10]) Dernburg, Privatrecht Bd. 2 § 180 Note 2.

[11]) Vgl. dafür die oben bereits citirte l. 1 § 4 D. 17, 1.

[12]) Vgl. § 2.

Im zweiten Hefte von Mommsen's Erörterungen aus dem Obligationenrecht findet sich auf Seite 47 in der Anmerkung 11 die Stelle: „Allerdings kann, wenn mehrere Theorien einander gegenüberstehen, von Bedeutung für die Entscheidung sein, dass die eine Theorie mehr als die andere das praktische Bedürfniss befriedigt. Zunächst müssen aber immer die Aussprüche der Rechtsquellen in Betracht kommen. Wenn man unter Hinwegsetzung über die Aussprüche der Rechtsquellen aus den Anforderungen des Verkehrs deducirt, so stellt man sich auf den Standpunkt des Gesetzgebers."

Diese Worte sollen uns als Richtschnur für die folgende Ausführung dienen: nur auf die Aussprüche der Quellen müssen wir achten. Und wir werden sehen, dass die Quellen festbegrenzte Regeln aufgestellt haben. In den Motiven zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs heisst es von unserer Frage, ihre Regelung durch Gesetz sei unthunlich; es müsse die Entscheidung über jeden einzelnen Fall dem praktischen Ermessen des Richters anheimgestellt werden. Wir werden die Stellung des Entwurfs weiter unten näher beleuchten; hier genügt es, zu betonen, dass das gemeine Recht diese Frage thatsächlich durch Gesetz geregelt hat, und zwar durch ein Gesetz, das, wäre das Corpus iuris ein zusammenhängendes systematisches Lehrbuch, in klaren, deutlichen Worten zu uns spräche, das aber, da das Corpus iuris nur eine Casuistik, eine Sammlung von einzelnen Fällen ist, und zwar die grossartigste Sammlung, die je der menschliche Geist zu Stande gebracht, nur in einzelnen Stellen verstreut liegt und von dem sorgfältig prüfenden Geiste aus diesen heraus zu einem einheitlichen Bau gestaltet werden muss.

II. Abschnitt.

Die Haftung des Mandanten bestimmt durch das Verhalten des Mandanten selbst.

I. Kapitel.

Allgemeine Gesichtspunkte.

Im Allgemeinen steht das römische Recht auf dem Standpunkt, dass ein Jeder nur für denjenigen Schaden haftet, der eine Folge seiner Culpa ist[1]). Innerhalb dieses weiten Rahmens differencirt das römische Recht allerdings, indem es den Begriff der Culpa in einzelne Abstufungen zerlegt, und dann je nach der Natur des betreffenden Contractsverhältnisses die Haftung auf Dolus oder Culpa lata oder Culpa levis beschränkt; aus diesem Rahmen heraus tritt es aber der Regel nach nie, lässt also der Regel nach Niemanden für Casus haften — Casus fortuiti a nullo praestantur[2]) —, sondern statuirt, dass Derjenige, den er trifft, eben auch den Casus trägt: Casum sentit dominus[3]). Allerdings giebt es auch hierbei Ausnahmen, die die Regel bestätigen, und zwar wie für alle im § 1 des I. Abschnittes unterschiedenen Theile von der Lehre des Periculum casus[4]), so auch für denjenigen Theil, dem unser Thema angehört

[1]) Vgl. l. 203 D. de R. J. 50, 17.

[2]) l. 23 i. f. D. de div. reg. iur. 50, 17.

[3]) Wir verkennen übrigens nicht, dass die beiden oben im Text citirten Aussprüche, insbesondere der letzte, sich speciell auf diejenige der 3 oben im § 1 besprochenen Abtheilungen des Periculum casus beziehen, die den Einfluss des zufälligen Unterganges des geschuldeten Objects auf den Fortbestand der schuldnerischen Verpflichtung zum Gegenstande hat. Dennoch lassen sie sich mutatis mutandis auch auf unseren Fall anwenden.

[4]) Für diejenige Abtheilung der Lehre des Periculum casus, die den Einfluss des zufälligen Unterganges des geschuldeten Objects auf den Fortbestand der schuldnerischen Verpflichtung zum Gegenstande hat, siehe die betreffenden Fälle bei Windscheid, Pandekten Bd. 2 § 264 S. 53 Anm. 9.

und der von der Schadensersatzpflicht für zufällige Beschädigung eines Objects handelt[5]). Und gerade die Untersuchung, wie weit diese Haftung für Casus, für zufälligen Schaden, geht, und wie sie zu begründen ist, wird die Hauptaufgabe unserer Erörterung sein. Den Begriff des Schadens haben wir bereits oben festgestellt[6]); unter zufälligem Schaden werden wir nun aber denjenigen Vermögensnachtheil zu verstehen haben, dessen Entstehung nicht der zu prästirenden Schuld eines von beiden Contrahenten, also weder der des Mandanten noch der des Mandatars, zur Last gelegt werden kann, der also nicht in einer Handlung[7]) oder Unterlassung der betheiligten Personen seinen Grund hat, sondern durch ein Ereigniss veranlasst ist, „das auch durch die Sorgfalt eines diligens Paterfamilias nicht abwendbar war". Wir werden nun sehen, dass alle Schriftsteller, die sich bisher mit unserer Frage beschäftigt haben, die Haftung des Mandanten für Schaden, der dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst, entweder auf seine Culpa beschränkt oder, wo sie dieselbe scheinbar auch weiter ausdehnten, immer doch wieder durch seine Culpa motivirt haben — wenigstens, insoweit sie sich direct auf die Quellen stützten.

Wir werden also zunächst in einer dogmengeschichtlichen Abtheilung die Haupttheorieen, die bisher über unsere Frage existirt haben, und die alle die Haftung des Mandanten durch Culpa begrenzen oder motiviren, darstellen, und alsdann in einem dogmatischen Theile den Versuch machen, unsere eigene Theorie auseinanderzusetzen, welche die Haftung des Mandanten unabhängig von dem Begriffe der Culpa festzustellen bestrebt ist.

Noch sei bemerkt, dass in diesem ganzen Abschnitt vorausgesetzt ist, dass der Schaden nicht durch eine Culpa des Mandatars entstanden sei. Welche Regeln in letzterem Falle eintreten würden, das wird im dritten Abschnitt zu erörtern sein.

---

[5]) Vgl. I. Abschnitt § 1.

[6]) Vgl. I. Abschnitt § 2 S. 9 f.

[7]) Koppel a. a. O. S. 12 sagt hierfür „Willen"; das ist aber sehr ungenau; ebenso unterscheidet er zwischen Naturereigniss und einem Ereigniss, das auch durch die Sorgfalt eines diligens Paterfamilias nicht abwendbar war: aber ein Naturereigniss ist doch auch ein Ereigniss der letzteren Art. Richtig ist, was er Seite 12 in Note 4 sagt, nämlich der Umstand, dass ein Ereigniss, welches zwar durch Diligentia diligentis patrisfamilias abzuwenden war, auch als Zufall angesehen wird, komme hier nicht in Betracht, da hier beide Contrahenten die höchste Diligenz leisten müssten. Daher sagten wir im Text: „zu prästirenden Schuld".

II. Kapitel.

Dogmengeschichtlicher Theil. Darstellung der Theorieen, die die Haftung des Mandanten durch seine Culpa begrenzen oder motiviren.

§ 1. Die herrschende Lehre.

Die herrschende Lehre, wie sie sich in den meist verbreiteten Pandektenlehrbüchern sowie zahlreichen in verschiedenen Schriften, die theilweise nur von anderen Contracten als dem Mandat handeln, zerstreuten Einzelbemerkungen darstellt, behauptet, jener im vorigen Kapitel angeführten allgemeinen Regel gemäss, der Mandant hafte nur dann für Schaden, den der Mandatar bei der Ausführung seines Auftrages erleide, wenn er in culpa sei. So sagt Dernburg[1]): „Verschuldung des Mandanten macht ihn dem Mandatar schadensersatzpflichtig. Aber für zufälligen Schaden, welcher dem Mandatar bei Ausführung des Auftrages zustiess, hat er nicht aufzukommen". Allerdings fügt er in der Anmerkung 14 hinzu: „Das Princip ist nicht unbedenklich." Auf die Ansicht, die Dernburg in seinem Pfandrecht entwickelt, werden wir im folgenden Paragraphen noch näher einzugehen haben. Auch Brinz[2]), der unsere Frage in den Worten behandelt: „Der Mandant haftet für Ersatz alles dessen, was dem Mandatar in Folge des Mandats abgeht, für etwa erforderliche Vorschussleistung, versprochenes Honorar, sowie Abwesenheit aller und jeder Gefährde" — scheint uns auf dem Standpunkte der herrschenden Lehre zu stehen, wie auch aus seinem Hinweis auf l. 26 § 6 und 7 D. h. t., speciell auf die Worte: . . . ‚quod si ego scissem talem esse servum nec praedixissem' . . . hervorgeht. Arndts[3]) sagt: „Der Mandant kann durch Gegenklage des Mandatars angehalten werden, für jeden durch sein Verschulden demselben verursachten Schaden Ersatz zu leisten". Er drückt also vollständig den Grundsatz der herrschenden Lehre aus. Puchta in seinen Institutio-

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 315. Windscheid's Ansicht über unsere Frage, die er in Bd. 2 § 410 S. 489 seiner Pandekten in dem Satze ausspricht: „Den Schaden, welchen der Beauftragte bloss bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages erleidet, bekommt er nur dann ersetzt, wenn dabei den Auftraggeber ein Vorwurf trifft" — ist nicht ganz klar erkennbar; wir sind eher der Meinung, er schliesse sich in diesen Worten nicht der herrschenden Lehre an: übrigens werden wir weiter unten noch darauf zurückkommen.

[2]) Brinz, Pandekten, Bd. 2 Abth. 2 S. 778.

[3]) Arndts, Pandekten, § 293.

nen[4]) meint: „Eine Actio contraria hat der Mandatar wegen der Nachtheile, die ihn bei Ausführung des Mandats treffen;“ ob er mit diesen Nachtheilen solche meint, die vom Mandanten verschuldet sind, ist aus seinen Worten nicht zu erkennen. In seinen Pandekten[5]) sagt Puchta dagegen klar: „Der zufällige Schaden, der den Mandatar bei Ausführung des Auftrags trifft, wird ihm nicht ersetzt“.

Diese eben dargestellten Sätze leitet die herrschende Lehre aus zwei Stellen des Corpus iuris ab, die den Angelpunkt unserer ganzen Darstellung bilden, nämlich die lex 26 § 6 und § 7 D. 17,1, die von Paulus herrührt, und die lex 62 §§ 1—7 D. 47,2, die von Africanus, somit einem der Zeit nach dem Paulus vorausgehenden Juristen, aus dessen VIII. Liber quaestionum herrührt. Da wir immer wieder auf diese beiden Stellen werden zurückkommen müssen, so setzen wir sie im genauen Wortlaute nach Mommsen hierher und bemerken noch, dass wir die lex 26 D. 17,1, die von Paulus herrührt, in der Darstellung immer kurzweg die Paulus-Stelle (κατ' ἐξοχήν) und die l. 62 D. 47,2[6]), die von Africanus herrührt, die Africanus-Stelle (κατ' ἐξοχήν) nennen werden; (theils der Kürze halber, theils weil wir glauben, dass bei dieser Bezeichnung der Leser rascher und eindringlicher erkennen wird, welche der beiden Stellen gemeint ist, als wenn wir sie immer mit Ziffern bezeichneten, die sich viel schwerer von einander abheben).

Der Wortlaut der beiden Stellen ist also folgender:

a) Lex 26 §§ 6 und 7 D. 17, 1 (Paulus-Stelle):

§ 6. ‚Non omnia, quae impensurus non fuit mandator, imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet.‘ — § 7. ‚Sed cum servus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit: quod si ego scissem talem esse servum nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet.‘

b) Lex 62 §§ 1—7 D. 47, 2 (Africanus-Stelle):

§ 1. ‚His etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pigneraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditione hominem relinquas.‘ — § 2. ‚Idem dicendum de eo, quem convenisset in

[4]) Puchta, Institutionen, S. 363.
[5]) Puchta, Pandekten, S. 476.
[6]) In älteren Ausgaben wird diese lex 62 als l. 61 bezeichnet.

causa redhibitionis esse, uti, quemadmodum accessiones et fructus emptor restituere cogitur, ita et e contrario venditor quoque vel damnum decidere vel pro noxae deditione hominem relinquere cogatur.' — § 3. „Nisi quod in his amplius sit, quod, si sciens quis ignoranti furem pignori dederit, omni modo damnum praestare cogendus est: id enim bonae fidei convenire.' — § 4. ‚Sed in actione empti praecipue spectandum esse, qualem servum venditor repromiserit.' — § 5. ‚Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aeque dicendum sit omni modo damnum praestari debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur. iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset: idque evidentius in causa depositi apparere. nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse, et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret.' — § 6. ‚Circa commodatum autem merito aliud existimandum, videlicet quod tunc eius solius commodum, qui utendum rogaverit, versetur. itaque eum qui commodaverit, sicut in locatione, si dolo quid fecerit non ultra pretium servi quid amissurum: quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari, quoniam, ut dictum sit, nulla utilitas commodantis interveniat.' § 7. ‚Haec ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius, qui mandatum vel depositum susceperit, intercedat: ceterum si ipse ultro ei custodiam argenti forte vel nummorum commiserit, cum alioquin nihil umquam dominus tale quid fecisset, aliter existimandum est.'

Noch bedarf es einer kurzen Erörterung über Grad und Art der Culpa, für die nach der herrschenden Lehre der Mandant haftet. Aus der Allgemeinheit, mit der wir oben von Verschuldung überhaupt sprachen, geht schon hervor, dass damit die Haftung für die drei üblichen unterschiedenen Grade gemeint ist[7]), nämlich für Dolus: Vorsatz, Culpa lata: grobe Fahrlässigkeit, die im Allgemeinen[8]) dem

[7]) Ueber die Culpa nnd ihre Grade überhaupt siehe Hasse, Die Culpa des römischen Rechts; ferner die Darstellung von Windscheid in den Pandekten Bd. 1 § 101, Dernburg in den Pandekten Bd. 1 §. 86; auch die Darstellung von Arndts in den Pandekten § 86 zählt die Grade der Verschuldung sehr gut auf.

[8]) Darüber siehe Windscheid, Pandekten Bd. 1 § 101 S. 287, 288, speciell Note 10[b]: ferner die Abhandlung von Mommsen im zweiten Hefte der Erörterungen aus dem Obligationenrecht: „Ueber die Gleichstellung der lata Culpa mit dem Dolus"; ferner Hasse, Die Culpa des römischen Rechts S. 87 § 22:

Dolus in Ansehung der Wirkungen gleichgestellt wird, und Culpa levis, das heisst Ausserachtlassung derjenigen Sorgfalt, die von einem diligens Paterfamilias verlangt werden kann. Was die Haftung für Culpa levis betrifft, so ist dabei für unser Thema die Frage von Wichtigkeit geworden, wie weit der Begriff der Culpa levis gehe. Wie wir sehen werden, haben sich einige Schriftsteller dafür erklärt, beim Mandat den Begriff der Culpa levis weiter als gewöhnlich auszudehnen. Darüber im folgenden Paragraphen.

§ 2. Die Theorieen von Hasse, Dernburg (und Mommsen).

Am meisten Schwierigkeiten hat bei unserer Lehre immer die wichtigste Stelle, nämlich die Africanus-Stelle, gemacht, speciell der § 5 derselben, auf den es ja hauptsächlich ankommt. Alle Schriftsteller nämlich, die seither unsere Lehre behandelten, haben ohne Ausnahme diesen § 5 so verstanden, dass Africanus im Eingange desselben die Frage aufwerfe, ob beim Mandat ebenso, wie bei den anderen in den vorhergehenden Paragraphen genannten Contracten: Venditio, Locatio, Pignus, speciell dem Pfandcontract, wenn der Verpfänder (beziehentlich Verkäufer, Vermiether) in culpa war, der Schaden unter allen Umständen ersetzt werden müsse, wenn der Mandant in culpa war, das heisst also in dem Falle, von dem Africanus spricht, wenn er um die diebische Natur des Sklaven, dessen Anschaffung er dem Mandatar aufgetragen, gewusst hat. Alsdann behaupte Africanus in der Fortsetzung der Stelle, der Mandant hafte ebenso wie der Deponent für den Schaden, der dem Mandatar (beziehungsweise Depositar) durch den betreffenden Sklaven erwachse, auch dann, wenn er gar nicht um dessen diebische Natur gewusst habe. Dies motivire Africanus nun im Folgenden theils damit, dass Niemandem ein Freundschaftsdienst, den er lediglich um fremden Vortheils willen unternommen, Schaden bringen solle, theils damit, dass der Mandant doch immerhin in culpa sei, auch wenn er nicht um die diebische Natur des Sklaven wusste, und zwar deswegen, weil er den Auftrag gegeben habe, gerade einen solchen Sklaven zu kaufen (nam certe mandantis culpam esse, qui

„ . . . jede Culpa lata ist Dolus im weiteren Sinn . . . Das Schlechte . . . liegt darin, dass man gegen den Schaden Anderer in hohem Grade gleichgültig sein muss, um sich so vergehen zu können“ etc. — Ihering behauptet im 4. Band seiner Jahrbücher, die in manchen Stellen ausgesprochene Gleichstellung der lata Culpa mit dem Dolus beziehe sich nur auf contractliche Vrhältnisse, die ja auch in unserer Arbeit allein in Betracht kommen. Gegen diese Beschränkung auf contractliche Verhältnisse Mommsen in der oben citirten Abhandlung.

talem servum emi sibi mandaverit), ebenso wie der Deponent, der nicht achtsam genug war, darauf hinzuweisen, was für einen Sklaven er deponire (et similiter eius qui deponat — [scil. culpam esse] — quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret).

Bei einer solchen, unserer Ansicht nach — wie wir im dritten Kapitel nachzuweisen versuchen werden — irrthümlichen Auffassung der Stelle musste dieselbe allerdings, wie Koppel im § 4 des zweiten Kapitels seiner Abhandlung klagt, zahlreiche Verwirrungen und Irrthümer hervorrufen, und mussten die Erklärungen derselben sich allerdings „zum Theil diametral" gegenüberstehen! Denn hier ergiebt sich vor Allem die schwierige Frage: wie ist es zu vereinbaren, dass, wie Africanus sagt, der Mandant, der einen bestimmten Sklaven anzukaufen befiehlt, in culpa ist, auch wenn er um die diebische Natur des Sklaven, durch die der Mandatar Schaden erlitten, gar nicht gewusst hat noch wissen konnte; ebenso, dass der Deponent, der einen Sklaven deponirt, in culpa ist, auch wenn er um die diebische Natur des Sklaven, durch die der Depositar Schaden erlitten, gar nicht gewusst hat? Denn dass die Motivirung, die Africanus für diese seine angebliche Ansicht giebt: der Mandant sei in Culpa, weil er den Auftrag gegeben, gerade einen solchen Sklaven zu kaufen, und der Deponent, weil er nicht achtsam genug gewesen sei, darauf hinzuweisen, was für einen Sklaven er deponire — dass diese Motivirung sehr auffallend ist, wird Jeder zugeben. Speciell im Falle des Depositums tritt die ganze Sonderbarkeit dieser Motivirung hervor. Denn wie kann Jemand darauf hinweisen, aufmerksam machen oder warnen: Hüte Dich, dass Du nicht zu Schaden kommst, denn der Sklave, den ich deponire, ist diebisch — wenn er gar nicht weiss, dass der Sklave, den er deponirt, diebisch ist! Oder sollte die Culpa darin gefunden werden, dass er überhaupt generell nicht zum Deponenten sagt: „Hüte Dich, dass Du nicht zu Schaden kommst, denn der Sklave, den ich bei Dir deponire, könnte — ich weiss es zwar nicht, aber es ist doch immerhin möglich — könnte diebisch sein? Und darin, dass er diese ganz allgemein gehaltene Warnung unterlässt, ist seine Culpa zu erblicken? Das wäre doch höchst sonderbar, denn dann müsste er für die Unterlassung einer sehr vagen und ihn absolut nichts als ein Paar leere Worte kostenden Warnung unverhältnissmässig schwer büssen! — Aber auch die Motivirung dafür, warum der Mandant in culpa sein soll, klingt sehr sonderbar[1]). Der Man-

[1]) Dass sie nicht ganz so ungeheuerlich klingt, wie beim Depositum, das liegt eben im Wesen des Mandats; beim Depositum tritt der Umstand der nicht erfolgten Mahnung deutlicher zu Tage.

dant soll deswegen in culpa sein, weil er die Anschaffung gerade eines solchen Sklaven, nämlich eines, der diebisch war, befohlen hat. Er wusste doch nun aber nach der Voraussetzung, die Africanus macht, gar nicht, dass der Sklave, dessen Anschaffung er befahl, diebisch sei; dieser Umstand ist also, wir sind in Versuchung zu sagen: ein rein zufälliger — wo bleibt denn also da seine Culpa? Oder soll man sie darin erblicken, dass er sich nicht genau über den Charakter des betreffenden Sklaven vergewissert hat? In der That behaupten dies einige Schriftsteller; wir werden aber gleich bei der Besprechung ihrer Ausführungen Gelegenheit haben, die Grundlosigkeit dieser Ansicht nachzuweisen.

Um diese Widersprüche, welche die Stelle des Africanus bei der oben geschilderten Auffassung enthält, zu erklären, sind nun die mannigfaltigsten Versuche gemacht und die verschiedensten Theorieen aufgestellt worden. Wir haben oben bereits gesehen, dass die herrschende Lehre aus dieser Africanus-Stelle in Verbindung mit der gleich zu besprechenden Paulus-Stelle einfach die Folgerung zog: Der Mandant haftet nur dann für Schaden, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst, wenn er in culpa ist. Und zwar fasst die herrschende Lehre diese Culpa ganz in der gewöhnlichen Begrenzung, ohne den Begriff der Culpa levis weiter auszudehnen, als bei allen anderen Contracten. Dass bei der oben dargelegten Auffassung der Africanus-Stelle, die ja diejenige aller Schriftsteller ist, nur sehr schwer einzusehen ist, wie sie aus dieser Stelle heraus eine solche Ansicht motiviren wollen, wird Jeder zugeben. Und so sind denn Angesichts dieser nicht abzuweisenden Schwierigkeit mehrere Schriftsteller auf den Gedanken gekommen, die Lösung dieser Frage darin zu suchen, dass sie behaupteten, allerdings werde die Haftung des Mandanten durch Culpa levis begrenzt, aber der Begriff dieser Culpa levis sei hier weiter auszudehnen, als bei den anderen Contracten.

Diese Ansicht vertreten vor Allem Hasse in seiner „Culpa des römischen Rechts," Dernburg in seinem „Römischen Pfandrecht[2])" und Mommsen in seinen „Beiträgen". Was zunächst Hasse betrifft, so sagt derselbe[3]), in demjenigen Paragraphen der Africanus-Stelle,

[2]) Die Ansicht, die Dernburg in seinen Pandekten darlegt, s. II. Kapitel § 1. S. 16. Trotzdem die hier in diesem Paragraphen dargelegte Ansicht Dernburg's viel älter ist, als die in seinen Pandekten gegebene, so kann man doch nicht annehmen, dass letztere eine Aenderung bedeutet, sondern wird die erstere nur für eine nähere Ausführung derselben halten müssen, da sich beide ja auf dem Boden der Culpa bewegen.

[3]) Hasse a. a. O. S. 403.

der vom Mandat und Depositum handelt, sei nicht der Grad, wohl aber die Richtung der Diligentia, welche verlangt werde, von der in den übrigen Contracten geforderten verschieden. Der Mandant sowohl wie der Deponent seien in culpa: der Mandant, weil er zum Kauf eines bestimmten Sklaven keinen Auftrag geben müsse, ohne gewiss zu wissen, dass dieser kein Dieb sei: dies scheint zwar auffallend, setzt Hasse selbst hinzu, aber es sei richtig, denn entweder das, oder der Mandant müsste sich oder seinem Beauftragten von dem Verkäufer das Versprechen geben lassen, dass der Sklave nicht diebisch sei; denn dann müsse dieser den Schaden ersetzen — der Deponent aber sei in culpa, weil er einem Freunde keinen Sklaven hingeben müsste, von dem er sich nicht vorher die Ueberzeugung verschafft hätte, dass er nicht diebisch sei, oder auch er musste ihn warnen. Aber auch dies scheint Hasse selbst auffallend zu sein, denn er setzt hinzu, dieser Grund scheine auch beim Depositum nicht ganz durchgreifend, da es sich ja denken lasse, dass der Deponent eine gegründete Ueberzeugung von der bisherigen Unschuld des Sklaven hatte, und dieser wider Erwarten nun doch sich verführen liess. Dann sagt er, auf die von Africanus vorher genannten Contracte — Venditio, Locatio und Pignus — passe dieser Grund gar nicht, denn bei diesen sei natürlich zu solcher Diligentia gar keine Schuldigkeit vorhanden; bei Mandat und Depositum sei aber die Richtung der verlangten Diligentia verschieden.

Wir haben bereits oben theilweise gezeigt, dass es durchaus nicht möglich ist, auf diese Weise eine Culpa des Mandanten zu construiren. Nun bringt Hasse noch einige Momente vor, die wir kurz widerlegen wollen. Er sagt: der Mandant sei in culpa, weil er zum Kauf eines bestimmten Sklaven keinen Auftrag geben müsse, ohne genau zu wissen, dass dieser kein Dieb sei. Aber es ist doch möglich, dass der Mandant auf die allersorgfältigste Weise Erkundigungen einzog und es ihm dennoch, was Hasse für den Deponenten ja als möglich anerkennt, entging[4]), dass der Sklave diebisch sei. Und dann: unserer Ansicht nach darf man überhaupt dem Mandanten solche weitgehenden Verpflichtungen, wie die, genau den Charakter des anzukaufenden Sklaven zu erforschen, gar nicht auferlegen! Dann bedürfte es ja wieder ganz besonderer Mandate, um schliesslich festzustellen, ob man ohne Gefahr das Mandat zum Ankauf des Sklaven ertheilen könne! Wir glauben, es ist ganz unmöglich, dem

[4]) Oder er ist z. B. getäuscht worden! Diesen Fall führt Ihering a. a. O. S. 38 Anm. 36 an; oder die Umstände, die den Schaden verursacht haben, sind gar erst eingetreten, nachdem der Mandatar die Ausführung des Auftrags bereits begonnen!

Mandanten die Unterlassung solcher weitgehenden Erkundigungen zur Culpa anzurechnen.

Was Hasse's Forderung anbetrifft, der Mandant müsse wenigstens sich oder seinem Beauftragten von dem Verkäufer das Versprechen geben lassen, dass der Sklave nicht diebisch sei, und wenn dieser dasselbe leiste, dann müsse eben der Verkäufer den Schaden ersetzen: so ist dieser Ansicht das entgegenzuhalten, was wir oben in Betreff der Forderung bemerkt haben, der Deponent müsse warnen: man würde hierbei ebenso wieder die Unterlassung einer ganz vagen und den Mandanten absolut nichts kostenden Handlung demselben höchst ungerechter Weise zur Culpa anrechnen und ihn dafür unverhältnissmässig schwer büssen lassen! Was Hasse's Forderungen an den Deponenten betrifft, so sind dieselben aus der ganzen vorhergehenden Darstellung bereits widerlegt. —

Im Anschluss an Hasse bemerkt Dernburg in seinem „Pfandrecht“[5]), Africanus beabsichtige nicht, einen Unterschied in der Haftung des Verpfänders und des Mandanten dem Grade nach zu machen; er leugne nicht, dass die Contrahenten in allen berührten Contracten für Diligentia diligentis patrisfamilias einzustehen haben; er komme nur in Bezug auf die concrete Frage, inwieweit sie für Diebereien eines Sklaven haften, mit Rücksicht auf die Relativität des angelegten Maassstabes zu verschiedenen Entscheidungen. Die Aufmerksamkeit, die derselbe ordentliche Hausvater anwende, gestalte sich bei verschiedenen Contracten unter fast gleichen Verhältnissen nicht selten verschieden. Dernburg führt hierfür dieselben Argumente an, wie Hasse, und da seine Ansicht ja überhaupt im Wesentlichen nur eine Wiederholung der Ansicht dieses Schriftstellers ist, so ist sie zugleich mit dieser bereits widerlegt. —

In der dritten Abtheilung seiner Beiträge zum Obligationenrecht[6]) spricht Mommsen eine Ansicht aus, die derjenigen der beiden eben genannten Schriftsteller sehr ähnlich ist. Er sagt nämlich, Africanus beschränke die Haftung des Mandanten allerdings auf die Fälle einer Culpa, aber diese sei beim Mandat und Depositum im Gegensatze zu den anderen Contracten bis zu einer Culpa levis ausgedehnt. Die Culpa levis bestände aber darin, dass der Mandant oder Deponent sich nicht genügend über den Charakter des Sklaven vorher erkundigt hätten. Abgesehen davon, dass diese Ansicht zugleich mit der obigen widerlegt ist, brauchen wir schon deswegen nicht näher auf sie einzugehen, weil Mommsen selbst in seinen Er-

[5]) Dernburg, Pfandrecht, S. 163.
[6]) Mommsen, Beiträge III S. 369 Anm. 16.

örterungen sagt[7]), er halte diese Ansicht jetzt für unrichtig und habe sie aufgegeben.

Im Allgemeinen ist zu allen diesen Ansichten noch zu bemerken: es ist bei keinem einzigen Contracte im römischen Recht ein Grund vorhanden, den Begriff der Diligentia diligentis patrisfamilias den anderen Contracten gegenüber zu erweitern. Wenn, wie Hasse sagt, die Römer die Abgrenzung des Begriffs der Culpa bei den einzelnen Contracten dem Ermessen des Richters überliessen, so zeigt gerade dies, dass der Begriff der Diligentia diligentis patrisfamilias, wenn auch individuell bestimmbar, ein so fest umschriebener und überall gleichmässig anwendbarer war, dass es einer besonderen Präcisirung desselben gar nicht bedurfte.

Was die Paulusstelle betrifft, die in zweiter Linie bei unserer Frage in Betracht kommt, so schweigt Hasse, dem es ja nicht um die Darstellung unserer Lehre, sondern um eine Theorie der Culpa zu thun ist, vollständig darüber. Was Dernburg betrifft, so führt derselbe aus[8]), Miether und Commodatar, Pfandgläubiger und Mandatar hätten — abgesehen von etwaigen Rechten aus dem Contract —, wenn sie von dem Sklaven bestohlen wurden, in dessen Besitz sie durch das Contractsverhältniss gelangt waren, wie jeder von einem fremden Sklaven Bestohlene, gegen dessen Herrn den Anspruch auf Leistung der Diebstahlsstrafe oder Ueberlassung (Noxae datio) des delinquirenden Sklaven, und zwar auf Grund einer Verpflichtung, die der Bürger dem Bürger unabhängig von jedem Vertragsverhältniss schulde. Aus der Paulus-Stelle gehe nun hervor[9]), dass der Mandatar, aus der Africanus-Stelle[10]), dass der Pfandgläubiger diesen Anspruch aus Utilitäts- und Bequemlichkeitsrücksichten zugleich mit der Actio mandati contraria und pigneraticia geltend machen konnten. Wir werden im dritten Kapitel bei der Darlegung unserer eigenen Theorie Gelegenheit haben, diese Ausführungen kritisch zu beleuchten; es genügt uns hier, festzustellen, dass Dernburg der Ansicht ist, dieser Anspruch auf noxae datio stehe dem Mandatar sowie dem Pfandgläubiger unabhängig von dem Contractsverhältniss zu, und sie könnten denselben nur, weil „Utilität und Bequemlichkeit des Klägers dafür sprach", mit der Actio contraria geltend machen.

---

[7]) Mommsen, Erörterungen, Bd. 2 S. 62 Anm. 5.

[8]) Dernburg a. a. O. S. 165.

[9]) Die Paulus-Stelle sagt darüber: ‚Sed cum servus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit'. Vgl. den oben im § 1 des II. Kapitels auf Seite 17 angeführten Wortlaut.

[10]) Speciell aus § 1 dieser Stelle.

§ 3. Die Theorieen von Glück und Schirmer.

Hatten alle bisher besprochenen Theorieen noch völlig auf dem Standpunkte verharrt: der Mandant haftet nur dann für Schaden, welcher dem Mandatar bei der Ausführung seines Auftrages erwächst, wenn er in culpa ist, und war von einigen nur eben dieser Begriff der Culpa etwas weiter als gewöhnlich ausgedehnt worden, so haben wir uns nun mit zwei Theorieen zu beschäftigen, die zwar immer noch[1]) jegliche Haftung des Mandanten durch seine Culpa motiviren, aber dennoch gegenüber den vorgenannten Theorieen den Rahmen seiner Haftung bedeutend erweitern: es ist dies die Theorie von Glück, welche den vorgenannten noch sehr nahe steht, und die von Schirmer, die bereits sehr zu den nachfolgenden hinneigt.

Was zunächst Glück betrifft, so behandelt derselbe unsere Frage in der 1. Abtheilung des 15. Theils seiner „Erläuterung der Pandekten". Hier giebt er die Quintessenz seiner Ansicht in folgenden Worten wieder[2]): „Der Gewaltgeber muss dem Bevollmächtigten allen, von Seiten des Letzteren nicht selbst verschuldeten Schaden ersetzen, welchen derselbe aus der Erfüllung des Auftrags, wenn auch nur durch die geringste Schuld des Mandanten erlitten hat". Auf den ersten Blick merkt man dieser Theorie nicht an, dass sie sich wesentlich von den bis jetzt besprochenen unterscheidet; aber abgesehen davon, dass der Ausdruck „geringste Schuld" bereits viel stärker und offener, als dies bei Hasse und Dernburg geschehen, darauf hinweist, dass das, was der Mandant thut, beziehungsweise unterlässt, kaum mehr Culpa genannt werden kann — obwohl wir nicht glauben, dass Glück hierbei an die „Culpa levissima" des preussischen Landrechts oder an die Baron'sche „Custodia", auf die wir bei der Besprechung des preussischen Landrechts noch kurz zurückkommen werden, gedacht hat — abgesehen davon zeigen die Motive, wenn wir uns so ausdrücken dürfen, zu dieser Ansicht, dass Glück hier schon auf freierem Boden steht. Denn weiter unten[3]) sagt er: „Hat der Mandatar bei der Ausrichtung des Auftrags einen bloss zufälligen Verlust, zum Beispiel durch Krankheit, Plünderung, Schiffbruch und dergleichen erlitten, so ist der Gewaltgeber einen solchen Schaden zu ersetzen nicht verbunden, weil dieser, als ein blosser Unglücksfall, mit dem Auftrage in keiner nothwendigen Verbindung steht[4])." Das heisst doch ebensoviel wie:

[1]) Das „noch" ist selbstverständlich nicht zeitlicher Natur!

[2]) Glück, Erläuterung der Pandekten, § 956.

[3]) Glück a. a. O. S. 313.

[4]) Zur Motivirung seiner Ansicht beruft sich Glück auf die bereits oben

Wenn der Schaden, den der Mandatar erleidet, mit dem Auftrage in nothwendiger Verbindung steht, so muss ihn der Mandant ersetzen, auch wenn der Schaden vielleicht theilweise den Charakter des Zufalls an sich trüge! Die Hinzufügung, die Glück dann noch macht, zeigt allerdings, dass er doch noch[5]) sehr auf dem Boden der Culpa-Theorien steht; er setzt nämlich hinzu: „Eine Ausnahme würde jedoch alsdann stattfinden, wenn entweder etwas Anderes hierüber bei der Uebernehmung des Auftrags ausdrücklich wäre bestimmt worden, oder wenn der Gewaltgeber den Mandatar wissentlich an gefährliche und durch Räubereien berüchtigte Oerter geschickt hätte. Hier muss billig der Mandant den Mandatar auch für den Zufall entschädigen, weil erster hier den Zufall stillschweigend auf sich nimmt, oder wenigstens dadurch eine Culpa begeht, dass er den Bevollmächtigten an solche gefährliche Orte schickt.“ Statt in dem Falle, von dem er hier spricht, eine Bestätigung seiner Regel zu sehen und demgemäss zu sagen: weil hier, wie doch einleuchtend ist, der Schaden mit dem Auftrage in nothwendiger Verbindung steht — denn der Auftrag lautete ja, in räuberischer Gegend etwas zu besorgen —, muss der Mandant dem Mandatar den Schaden ersetzen, statt dessen sagt er, hier sei eine Ausnahme von seiner Regel zu finden, denn der Mandant begehe eine Culpa, indem er den Bevollmächtigten an solche gefährliche Orte schickt! Also auch Glück kann sich im Wesentlichen nicht von der Ansicht emancipiren, dass der Mandant über seine Culpa hinaus zu haften habe.

Es ist noch, ehe wir die Besprechung Glück's abschliessen, ein Irrthum zu berichtigen, dem wir bei Koppel begegnen. Koppel führt nämlich aus[6]), Glück unterscheide, um die Frage bezüglich der Haftung des Mandanten zu beantworten, zwei Fälle, je nachdem der Schaden bei der Ausrichtung des Auftrags eintrete oder aus der Erfüllung desselben erwachse. Dazu bemerkt er, diese Unterscheidung sei gar keine Unterscheidung mehr. Das ist allerdings richtig; aber es ist auch nicht Glück, der diese Unterscheidung macht — es findet sich bei ihm nicht die leiseste Andeutung einer solchen —,

citirten Worte: ‚casus fortuiti a nullo praestantur‘ und auf den § 6 der Paulus-Stelle: ‚nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet‘. Die Uebersetzung dieser Stelle in den Basiliken, die Glück wiedergiebt (Anm. 69 S. 313): ‚*οὐ μὴν ἐκ τῆς ἐντολῆς*‘, oder — wie Glück zurückübersetzt — ‚extra causam mandati‘ beweisen, dass auch die Basiliken dieselbe Ansicht vertreten. Uebrigens sei hier noch bemerkt, dass Glück die Worte des Accursius in der Glosse anführt: ‚nec hic § de curialitate debet servari‘.

[5]) Auch hier ist das „noch“ natürlich nicht zeitlicher Natur!

[6]) Koppel a. a. O. S. 21 f.

sondern Koppel selbst, der analog seiner noch später zu betrachtenden Unterscheidung zwischen Inhalt und Ausführung des Mandats in jenen Worten unrichtiger Weise die Theorie Glück's ausgesprochen glaubt. Die Vorwürfe, die er Glück macht, sind also ganz unbegründet. Auch den Vorwurf der Inconsequenz, den Glück über sich ergehen lassen muss, verdient er nicht: Koppel wirft ihm nämlich vor, trotzdem er die Billigkeitsgründe des Africanus anerkenne, begrenze er dennoch in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre die Haftung des Mandanten auf die Fälle seiner Culpa. Da nun aber Glück die Stelle ebenso wie alle anderen Schriftsteller und ebenso wie Koppel selbst versteht, so kann er im Grunde zu gar keinem anderen Resultate kommen. Dass Koppel bei ganz gleicher Auffassung der Stelle dennoch zu einen anderen Resultate kommt, ist eine Thatsache, die, wie wir sehen werden, so widerspruchsvoller Natur ist, dass sie ihn keineswegs zu solchen Vorwürfen berechtigt.

Was nun Schirmer betrifft, so betont derselbe in seinem Aufsatze: „Zur Lehre von dem Periculum casus bei Obligationen" weit entschiedener als Glück, dass es einen vom Mandanten zu ersetzenden Schaden giebt, der doch nicht allein auf seine Culpa zurückgeführt werden kann[7]). Er bemerkt nämlich zu dem ersten Theile des § 5 der Africanus-Stelle: „Es ist hier von Africanus mit aller wünschenswerthen Entschiedenheit die Regel aufgestellt, dass bei denjenigen bonae fidei Negotia, welche lediglich im Interesse des einen Theiles eingegangen werden, dieser Theil auch dem anderen den zufälligen Schaden zu ersetzen hat, der auf das Geschäft als seine thatsächliche Veranlassung zurückgeführt werden kann." Sobald er aber an den zweiten Theil dieses Paragraphen kommt, der mit den Worten: ‚et sicut in superioribus contractibus' ... beginnt, sagt er: „Diese Worte haben wir nur als einen Versuch aufzufassen, die specielle eben gegebene Entscheidung auch von einem ganz abweichenden Gesichtspunkte noch als wohl motivirt zu rechtfertigen, und vermuthlich sind einzelne Sätze, die diesen bloss eventuellen Charakter der gegebenen Ausführung ersichtlicher hervortreten liessen, von den Compilatoren eben deshalb gestrichen worden. Africanus hebt hier gegenüber der herkömmlichen Unterscheidung des Contrahenten, der um die diebischen Gewohnheiten des Sklaven wusste, und desjenigen, der sie nicht kannte, und dem man deshalb gemeiniglich keinerlei Verschulden, also auch keine Ersatzpflicht beimass, es hervor, wie auch eine solche Ignoranz auf Culpa beruhen könne." Allerdings, führt er im Folgenden aus, dürfe man den Wort-

[7]) Schirmer, Zur Lehre von dem Periculum casus bei Obligationen, S. 80.

laut der Stelle nicht pressen und ausnahmslos die Unkenntniss des Mandanten für eine verschuldete erklären, sondern es handle sich nur um das, was man als Regel zu präsumiren habe, und da wolle es Africanus nicht gelten lassen, dass ohne Kenntniss um die Delictsneigungen des Sklaven auch kein Verschulden des Contrahenten angenommen werden dürfe.

Man sieht aber im Ganzen: wenn es auch anfänglich den Anschein hat, als wolle Schirmer die Haftpflicht des Mandanten über seine Culpa hinaus auch für Zufall ausdehnen, so motivirt er dieselbe dennoch schliesslich auch für letzteren, ebenso wie alle Anderen, durch seine Culpa.

Was die Paulus-Stelle, speciell den § 7 derselben anbelangt, so sagt Schirmer, indem er sie mit dem § 1 der Africanus-Stelle in Verbindung setzt: „Hier also gestehen Neratius und Africanus (bei Paulus citirt) die Actio mandati und pigneraticia contraria dem bestohlenen Mandatar und Pfandgläubiger wenigstens insoweit zu, dass er auf Schadensersatz oder noxale Hingabe klagen kann auch da, wo der Mandant oder Schuldner um die diebischen Gewohnheiten des Sklaven nicht wusste". Bei der Miethe dagegen, sagt er, sei nach der l. 45 § 1 D. loc. die Contractsklage in diesem Falle ausgeschlossen. Für das justinianische Recht sei diese Differenz freilich nur noch von untergeordneter praktischer Bedeutung, da dieselbe hauptsächlich, aber freilich nicht ausschliesslich, in der verschiedenen formalen Gestalt der Klagen hervortrete. Denn während bei der Noxalklage der Anspruch auf Noxae datio das Principale, die Leistung des Schadensersatzes bloss das mit Rücksicht auf die bona fides gestattete Eventuelle sei, so gehe die Actio contraria gerade umgekehrt in erster Linie auf Schadensersatz, und die Beschränkung des klägerischen Anspruchs auf noxale Hingabe des Sklaven erscheine lediglich aus Billigkeitsrücksichten von den Noxalklagen auf die Actio contraria übertragen. Es sei zweitens der mit der Contraria vorgehende Mandatar, wie auch Paulus dies selbst in seiner Stelle hervorhebe, nur dann in der Lage, dieselbe mit Erfolg durchzuführen, wenn ihm bei dem Diebstahl keine Nachlässigkeit zur Last falle, wogegen die Noxalklage einfach die Verübung des Delicts, ohne alle Rücksicht auf eine etwaige Culpa des Beschädigten, voraussetze. So sei freilich die Contractsklage hier auch aus praktischen Gründen nicht sehr vortheilhaft. Wir werden an dieser Auseinandersetzung später, im dritten Kapitel, bei der Darlegung unserer eigenen Ansicht Kritik üben; hier genügt es uns, festzustellen, dass Schirmer der Ansicht ist, der Mandant hafte dem mit der Actio contraria vorgehenden

Mandatar, wenn diesen keine Schuld trifft, auf Schadensersatz, der in unserem Falle aus Billigkeitsrücksichten nach Analogie der Actio noxalis auf die noxale Hingabe des Sklaven beschränkt sei.

§ 4. Die Ihering'sche Theorie.

Schon bei den im vorhergehenden Paragraphen dargestellten Theorieen konnte man uns den Einwand machen: wir gäben zu, dass diese Theorieen die Haftung des Mandanten zum Theil über seine Culpa hinaus, bis zum Zufall, ausdehnten, und dennoch rechneten wir sie, wie aus der Ueberschrift des Kapitels, dem wir sie einfügten, hervorgehe, zu denjenigen Theorieen, welche die Haftung des Mandanten durch seine Culpa begrenzen oder motiviren. Noch weit mehr aber wird man uns vielleicht diesen Einwand bei denjenigen Theorieen machen, die wir in den nachfolgenden Paragraphen behandeln werden, und wir müssen solchen Einwänden gegenüber ausdrücklich auf den § 4 der Einleitung verweisen, wo wir die Methode, nach der wir verfahren, dargestellt haben. Wir gruppiren die Theorieen nicht nach dem Resultat, das sie darlegen, sondern nach der juristischen Motivirung, durch die sie zu diesem Resultate gelangen. Wir haben oben darauf hingewiesen, dass es uns vor Allem darauf ankommt: wie stellen sich die Schriftsteller in ihren Theorieen zu den Quellen, wie fassen sie deren Aussprüche auf? Und da haben wir gesehen, dass alle bisher behandelten Theorieen, auch wenn sie die Haftung des Mandanten nicht durch seine Schuld begrenzten, sie dennoch immer damit motivirten, indem sie immer wieder dann, wenn sie sich mit den Quellenstellen abzufinden suchten, aus dem Schluss der Africanus-Stelle heraus eine Culpa des Mandanten zu construiren unternahmen. Die Ihering'sche Theorie nun, die wir jetzt darstellen werden, ist noch weiter als alle bisher behandelten Theorieen davon entfernt, die Haftung des Mandanten auf seine Culpa zu beschränken; aber auch wo sie dieselbe ausdehnt, motivirt sie sie dennoch immer mit der Culpa, und zwar der Ihering eigenthümlichen Culpa in contrahendo.

Ihering sucht in seiner Abhandlung über die „Culpa in contrahendo" im vierten Bande seiner Jahrbücher für Dogmatik nachzuweisen, dass in allen Fällen, in denen Jemand den Anstoss zur Abschliessung eines Vertrages giebt, der nachher nicht zu Stande kommt, dieser dem anderen Contrahenten, der auf das Zustandekommen des Vertrages vertraut hat, den dadurch erlittenen Schaden zu vergüten verpflichtet ist, und zwar deswegen, weil ihn dadurch, dass er in Jenem dieses Vertrauen erregte, eine Culpa, und zwar

eine Culpa in contrahendo trifft. Diese Culpa sei in demselben Grade zu prästiren, wie er während der Dauer des Contractsverhältnisses zu leisten sei. Auf den ersten Blick möchte es scheinen, als hätte diese ganze Lehre mit unserem Thema nichts zu thun, da wir uns nur mit solchen Mandaten zu beschäftigen haben, die wirklich zu Stande kommen. Aber schon Mommsen hat mit Recht in seiner noch später zu besprechenden Abhandlung im zweiten Hefte der Erörterungen aus dem Obligationenrecht[1]) darauf hingewiesen, dass die Ihering'sche Theorie, wenn sie richtig ist, nicht allein in den Fällen, wo der äusserlich abgeschlossene Contract nichtig ist, sondern ebenso sehr in den Fällen, wo ein an sich gültiger Contract abgeschlossen ist, ihre Anwendung finden muss. Wir können den bei Mommsen hierfür angeführten Argumenten noch das hinzufügen, dass Ihering ja selbst zur Begründung seiner Culpa in contrahendo den Fall des Mandats zu Hülfe nimmt, und zwar einen Fall, wo ein ganz gültiges Mandat zu Stande kommt[2]). Er sagt nämlich, gerade die Regeln, die bei dem Mandate gelten, bestätigten seine Theorie von der Culpa in contrahendo, denn sie zeigten, dass die römischen Juristen öfters eine schlechthin aus der Natur des Verhältnisses abgeleitete, mithin von dem individuellen Verhalten des Schuldigen völlig unabhängige Haftung auf Culpa desselben zurückführen. Dann fügt er hinzu: „Dass der Mandant, unabhängig von einer Culpa auf seiner Seite, dem Mandatar den Schaden ersetzen muss, den er durch das aufgetragene Geschäft (nicht bloss bei Gelegenheit der Ausführung desselben) erlitten, ist ein Gebot der Billigkeit, das das römische Recht sowohl in concreten Entscheidungen als in abstracter Form ausdrücklich anerkennt."

Es sind dies nur wenige Worte, aber sie bezeichnen vollständig den Standpunkt Ihering's. Ihering begrenzt hierin durchaus nicht die Haftung des Mandanten auf seine Culpa, sondern, im Gegentheil, er geht noch selbst über diejenigen bisher dargestellten Theorieen hinaus, die ebenfalls eine solche Begrenzung nicht gelten liessen. Der Mandant, sagt er, muss dem Mandatar allen den Schaden ersetzen, den er durch das aufgetragene Geschäft erlitten hat, und ist nur von dem Ersatz desjenigen Schadens befreit, der demselben bloss bei Gelegenheit der Ausführung des aufgetragenen Geschäfts erwächst. Trotzdem es nur sehr wenige Worte sind, in denen Ihering hier seine Theorie ausspricht, so haben dieselben doch eine grosse, auf den ersten Blick gar nicht übersehbare Tragweite, die wir erst

[1]) Mommsen a. a. O. S. 16.
[2]) Ihering a. a. O. S. 37 f.

im dritten Kapitel, bei der Darlegung unserer eigenen Theorie, werden würdigen können. Ihering motivirt seine Ansicht durch das Gebot der Billigkeit und führt dafür eine Reihe von Stellen an, die aber nicht alle in Bezug auf das, was sie beweisen sollen, gleichwerthig sind[3]).

Nachdem Ihering so zugestanden und auf Grund von Quellenstellen selbst bewiesen hat, dass der Mandant über seine Culpa hinaus auch für ein gutes Theil Zufall hafte, fährt er fort: „Gleichwohl nimmt Africanus in der l. 61 § 5 (Africanus-Stelle), in der er dieses Princip (sc. der erweiterten Haftung) selbst ausspricht, die Culpa des Mandanten zu Hülfe . . . . . Ob Afrikan wohl daran gethan, den Gesichtspunkt der Culpa hineinzuziehen, gilt mir hier gleich; für meinen Zweck genügt es vollkommen, dass er dem Mandanten seine Unkenntniss schlechthin zur Culpa anrechnet, ohne der individuellen Ermittelung derselben Raum zu gönnen."

Man sieht also: auch Ihering, sodald er zu den Quellen Stellung nimmt und sein in unserer Lehre gewonnenes Resultat an der hauptsächlichsten Quellenstelle misst, zieht zur Motivirung auch derjenigen Haftung, von der er vorher selbst gesagt, dass sie weit über unsere Culpa hinausgehe, den Begriff der Culpa heran, und zwar einer Culpa, die ihrer ganzen Art nach für Ihering nur eine Culpa in contrahendo sein kann, wenn er auch meint, dieselbe komme nur bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen in Betracht.

Es fragt sich nun: ist diese ganze Ihering'sche Lehre von der Culpa in contrahendo richtig, und haben wir demnach wirklich in der Africanus-Stelle eine Anwendung derselben auf unsere Lehre zu erblicken; motivirt Africanus wirklich die Haftung des Mandanten auch über die eigentliche Culpa hinaus durch eine Culpa in contrahendo?

Es würde uns nun hier viel zu weit führen, so verlockend es auch sein mag, die Ihering'sche Theorie von der Culpa in contra-

[3]) Die betreffenden Stellen siehe bei Ihering a. a. O. S. 37 Anm. 35. Die l. 17 pr. D. 15, 3 ist sehr bedeutend und sagt, dass der Mandat für zufälligen Schaden dem Mandatar Ersatz leisten muss, ohne dass sie diese Entscheidung näher differencirt. Die l. 29 § 2 D. 17, 1 wird von Ihering hier fälschlich citirt, denn die Billigkeit besteht hier nicht darin, dass der Mandatar keinen Schaden erleiden soll, sondern darin, dass der, der sich irrthümlicher Weise für einen solchen hält, aus diesem Irrthum keinen Schaden haben soll! Mommsen a. a. O. S. 61 Anm. 4 sagt, in dieser Stelle liege ein Fall wirklicher Culpa vor. Auch das kann man sagen, doch ist unsere Darlegung wohl mehr dem Sachverhalt entsprechend. Auf die von Ihering angeführten Societäts-Stellen kommen wir im § 4 des III. Kapitels.

hendo, die wir — sofern uns ein Urtheil gestattet ist — für juristisch durchaus unbegründet halten, hier im Einzelnen zu widerlegen; nur die Andeutung einzelner grosser Gesichtspunkte muss uns hier genügen.

Ihering fand in den Quellen mehrere Stellen, die sich speciell auf den Kauf bezogen, in denen bestimmt war, dass der Verkäufer fehlerhafter Sachen für die nachträglich, während die Sache schon in Händen des Käufers ist, sich herausstellenden Mängel hafte, auch wenn er um die fehlerhafte Natur derselben gar nicht gewusst hat. Da es ihm nun missfiel, dass diese Bestimmungen ganz losgelöst von jeder Einordnung in allgemeine juristische Regeln als singuläre positive Bestimmungen Geltung haben sollten, so versuchte er, aus diesen Bestimmungen heraus ein ganzes juristisches System zu bilden, als dessen Endresultat der Satz hervorging: Auch für werdende Contractsverhältnisse gelte das Gebot der contractlichen Diligentia; es hafte also beim Abschliessen des Vertrages ein jeder Contrahent bereits für die ihm im Contract selbst auferlegte Diligentia; so hafte der Verkäufer, der Vermiether etc. dem Käufer, dem Miether etc. für die nachträglich sich an der verkauften etc. Sache herausstellenden Mängel, auch wenn sie gar nicht um dieselben gewusst hätten oder auch nur hätten wissen können, weil diese Leute eben bei der Abschliessung des Kaufvertrages etc. sich einer Culpa, nämlich der Culpa in contrahendo, schuldig gemacht.

Allein diese Behauptung Ihering's ist, wie gesagt, sehr anfechtbar. Denn einmal finden sich die Bestimmungen der Haftung für nachträglich sich herausstellende Mängel nur für den Kauf, für die Miethe wird sie in den Quellen ausdrücklich abgelehnt[4]); alsdann, in allen Stellen, wo sich diese Bestimmungen für den Kauf finden, wird immer nur die positive Bestimmung, die der juristischen Natur Ihering's so sehr widerspricht, gegeben, ohne dass auch nur das Wort Culpa zur Motivirung dieser Haftung des Verkäufers ausgesprochen wird. Die Stellen, die Ihering auf Seite 9 seiner Abhandlung anführt, und die den Fall behandeln, wo durch den irr-

— —

[4]) Ulpianus l. 63 D. 21, 1: Das ädilitische Edict gilt nicht für die Miethe, vgl. Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 298. Die einzige Stelle, in der für die Miethe eine ähnliche Bestimmung wie für den Kauf gefunden werden könnte, ist die l. 19 § 1 D. 19, 2: allein hier liegt bei Ihering eine Verwechslung vor, wie sie später Mommsen öfters begeht, auf die wir dort noch zurückkommen werden: hier handelt es sich nicht um den gewöhnlichen Schaden — dass die Fässer einfach nicht zum Weinfüllen gebraucht werden können; sondern hier läuft der eingefüllte Wein noch obendrein aus — und nur diesen Schaden zu ersetzen wird der Vermiether verurtheilt!

thümlichen Verkauf einer Res extra commercium gar kein rechtsgültiger Vertrag zu Stande kommt, geben immer nur die trockene, positive Bestimmung: hier soll der Verkäufer dem Käufer das Interesse, das derselbe daran hat, dass der Kauf nie angeregt worden wäre, ersetzen. Aber auch in den Stellen, in denen der Verkauf wirklich zu Stande kommt, und sich nachträglich Mängel der verkauften Sache herausstellen, ist nie von einer Culpa des Verkäufers, der um die Mängel nicht wusste und nicht wissen konnte, die Rede. In der l. 1 §. 2 D. 21, 1, die Ihering anführt, motivirt Ulpian die Haftung des Verkäufers einfach mit den Worten: ‚potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate'. Ist denn das Motivirung der Haftung durch Culpa? Ulpian macht hier dem Verkäufer nicht den geringsten Vorwurf, er sagt nur, der Verkäufer hätte es wissen können, es soll hier so gehalten werden, als wenn der Verkäufer es gewusst hätte, denn ebenso gut, als er es nicht wusste, wäre es ja doch auch möglich gewesen, dass er es wusste! und das Hauptargument ist das, dass es für den Käufer einerlei sei, ob er zu Schaden komme, dadurch, dass bewusster Vorsatz oder nur Unkenntniss beim Verkauf vorliege! Dies ist das Hauptargument, nicht eine Culpa des Verkäufers! — Aehnlich in der l. 13 § 3 D. 19, 1, in der Ulpian dem Verkäufer nicht seine Unkenntniss zur Last legt, sondern nur den Umstand, dass er ohne es zu wissen behauptet hat, der Sklave sei treu und ehrlich und anhänglich! Dies geht aus den Eingangsworten der Stelle: ‚Quid tamen si ignoravit quidem furem esse, asseveravit autem bonae frugi et fido et caro vendidit'? hervor. Diesen Anfangssatz lässt Ihering weg; dann ändert sich allerdings der Sinn der Stelle. Aehnlich verhält es sich mit anderen Stellen — nirgends ein Wort von Culpa! Ueberall nur die reine positive Bestimmung!

Wir müssen es uns leider versagen, genauer auf die Widerlegung der Ihering'schen Theorie von der Culpa in contrahendo einzugehen, soviel Material wir auch noch beizubringen vermöchten; es geht schon aus dem Wenigen, das wir bemerkt haben, hervor, dass lediglich beim Kauf die positive, keineswegs durch eine Culpa motivirte Bestimmung gilt, dass der Verkäufer für nachträglich sich herausstellende Mängel der Sache hafte, und zwar deswegen, wie Ulpian sagt: ‚quia nihil (= neque enim) interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate'. Wenn Ihering also, indem er von dem, was er vom Mandat gesagt hat, ausgeht, bemerkt: „Ist es aber schon eine Culpa, wenn man die Eigenschaften einer fremden Sache (beim Mandat) nicht kennt, um wieviel mehr wird man dieselbe Unkenntniss bei dem Verkauf einer eigenen Sache als

solche bezeichnen dürfen" — so können wir nun, wo wir nachgewiesen haben, dass letztere Behauptung unrichtig ist, dass nämlich die Unkenntniss beim Verkauf einer eigenen Sache gar nicht als Culpa bezeichnet wird, ruhig umgekehrt sagen: Liegt schon keine Culpa vor, wenn Jemand die Eigenschaften einer eigenen Sache nicht kennt, wie kann da alsdann Culpa vorliegen, wenn Jemand die Eigenschaften einer fremden Sache nicht kennt? Wie kann da also beim Mandat der Mandant deswegen in culpa sein, weil er die Eigenschaften des Sklaven nicht kennt, dessen Anschaffung er befiehlt? Wie kann man glauben, dass Africanus ihm diese Unkenntniss zur Culpa anrechne[5])?

---

[5]) Es sei uns gestattet, mit wenigen Worten auf die Hauptwiderlegungsschrift, die gegen Ihering's Culpa in contrahendo gerichtet ist, einzugehen — die Wichtigkeit des Gegenstandes mag diese kleine Abschweifung entschuldigen. Es ist dies die Abhandlung von Mommsen: „Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen" im zweiten Hefte der „Erörterungen", auf die wir ja im folgenden Paragraphen für das Mandat noch einmal zurückkommen müssen. Hatte Ihering die positive Bestimmung, die beim Kauf gilt, dass der Verkäufer für heimliche Mängel der Sache hafte, irrthümlicher Weise auf alle Contracte ausgedehnt, so beschränkt Mommsen dieselbe so weit, dass er sagt, der Verkäufer (und ebenso die anderen, der Vermiether etc.) hafte ausser in den durch das ädilitische Edict bestimmten Fällen des Verkaufs von Spannvieh und der Sklavenverkäufe nur dann für Mängel der Sache, wenn ihm ein Dolus zur Last gelegt werden könne. — Allein ging Ihering in der Haftungsbegrenzung zu weit, so geht Mommsen für den Verkäufer nicht weit genug: vielmehr ist die von uns oben angegebene Grenze: der Verkäufer haftet für alle nachträglich sich herausstellenden Mängel, einerlei ob er sie gekannt hat oder nicht — die anderen Contrahenten, Vermiether etc. haften dafür überhaupt nicht —, die richtige. Gegen Mommsen spricht ja schon die allgemein anerkannte Thatsache, dass das ädilitische Edict von den oben angegebenen Fällen in der Kaiserzeit auf alle Verkäufe ausgedehnt worden ist. — (Dafür siehe sämmtliche gebräuchlichen Pandektenlehrbücher!) Mommsen ist zu seinem irrthümlichen Resultat durch eine seine Abhandlung constant durchziehende Verwechslung gekommen. Wir haben schon oben bei der Besprechung Ihering's kurz darauf hingewiesen, dass in unserer Frage zweierlei Arten von Schaden zu unterscheiden seien; wir wollen sie lediglich der Uebersichtlichkeit halber mit passivem und activem Schaden bezeichnen, ohne natürlich damit etwa eine neue Bezeichnung in die civilistische Litteratur einzuführen. Alle Stellen nun, die unsere Frage behandeln, unterscheiden zwischen Fällen des passiven und des activen Schadens. Passiver Schaden ist derjenige, der die regelmässige Form darstellt; wenn z. B. der gekaufte Sklave diebisch ist und man ihn deswegen nicht verwenden kann, weil man befürchten muss, dass er Unheil anrichtet. Hier hat der Käufer nur den Schaden, dass er für sein Geld etwas bekommen hat, was nichts taugt. Bestiehlt aber der gekaufte Sklave den Herrn, der ihn gekauft hat, so erleidet dieser auch einen activen Schaden: denn nicht allein, dass er den Sklaven nicht gebrauchen kann, fügt ihm dieser noch abgesehen davon einen positiven Vermögensverlust zu, indem er ihm etwas wegnimmt. Die Quellen unterscheiden

Bei Ihering finden sich noch mehrere Fälle, in denen durch wesentlichen Irrthum, zum Beispiel falsche Uebermittelung des Auftrags, kein Mandatsvertrag zu Stande kommt, sich aber die Frage erhebt, ob der Mandant dem Mandatar, der die Ausführung des ohne Schuld der beiden Contrahenten ihm falsch übermittelten Auftrages begonnen hat, Ersatz zu leisten verpflichtet ist. Da, wie schon bemerkt, hier kein gültiger Vertrag zu Stande kommt, so gehört die Untersuchung dieses Falles nicht zu unserem Thema, das das Zustandekommen eines gültigen Vertrages zur Voraussetzung hat, sondern vielmehr in die allgemeine Lehre vom Schadensersatze bei nichtigen Verträgen. Die gesammte Litteratur zu diesem Falle findet man bei Windscheid, Pandekten Band 2 § 309, Anmerkung 5, Seite 169.

§ 5. Die Theorie Mommsen's und Koppel's.

Wir kommen nun zu einer Theorie, die am weitesten von allen darzustellenden Theorieen die Haftung des Mandanten über seine Culpa hinausführt, dies ist die Mommsen'sche, der sich Koppel, wie er ja selbst sagt, in allen Theilen angeschlossen hat. Zwar hat auch Ihering, wenn wir von der Motivirung seiner Theorie absehen, die Haftung des Mandanten weit über die Culpa ausgedehnt; aber einmal finden sich nur die wenigen oben angeführten Worte bei ihm, aus denen die ganze Tragweite seiner Theorie sich nicht erkennen lässt, und dann fusste seine Motivirung ja wieder vollständig auf der Culpa. Was nun Mommsen betrifft, so hat er einmal eine vollständig ausgeführte Theorie, und dann lehnt seine Motivirung sich nicht so streng an die Culpa an, allerdings, wie wir weiter unten sehen werden, weil er sich weniger genau an den Wortlaut der Quellen hält.

Mommsen schildert seine Ansicht über unsere Frage in seiner Abhandlung: „Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen" im zweiten Hefte seiner „Erörterungen aus dem Obligationenrecht". Sie bildet also nur einen Theil in der der Widerlegung Ihering's gewidmeten Abhandlung; daher ist sie auch jener am Schlusse des vorigen Paragraphen[1]) kurz berührten

überall auf diese Art und lassen in den Fällen des activen Schadens nur dann Haftung eintreten, wenn der Betreffende um den Fehler gewusst hat. Indem Mommsen nun diesen Unterschied verkennt, und lediglich von den Fällen des activen Schadens seine Regeln herleitet, kommt er natürlich zu dem irrthümlichen Resultat, es werde auch beim Kauf nur für Dolus, für wissentliches Verschweigen von Fehlern gehaftet! — Die Eintheilung, die Mommsen ausserdem in unserer Frage trifft, nämlich in lucrative und onerose Geschäfte, halten wir für unsere Frage für ganz belanglos.

[1]) Vgl. Anm. 5 a. E.

Eintheilung untergeordnet, indem Mommsen den Mandanten und Deponenten als Herren solcher lucrativen Geschäfte, bei denen der Wille desjenigen, auf dessen Vortheil das Geschäft berechnet ist, das eigentliche Agens bei der Vertragsschliessung bildet, über Culpa hinaus haften lässt[2]). Da wir, wie bereits angedeutet, die Mommsen'sche Haftungsunterscheidung nach lucrativen Geschäften erster und zweiter Klasse und onerosen Geschäften überhaupt nicht für zutreffend halten, so werden wir seine Theorie, soweit sie das Mandat betrifft, ganz losgelöst von dieser Eintheilung betrachten; ausserdem hat Mommsen sie ja selbst ganz unabhängig und selbständig ausgeführt. Koppel, der — wie bereits bemerkt — sich Mommsen völlig anschliesst, wird also in diesem Paragraphen gleich mit behandelt werden können.

Die Beweggründe, die Mommsen zu seiner Theorie führten, können wir zum Theil mit den Worten Koppel's, der sie treffend zusammenstellt, wiedergeben. Koppel sagt[3]): „Mommsen geht davon aus, dass, weil der Wille des Mandanten als das eigentlich Bestimmende bei Abschliessung des Vertrages erscheint, weil er es ist, der eben damit zugleich den Mandatar zu der dem Auftrage entsprechenden Thätigkeit veranlasst, deshalb der Mandant auch den Schaden ersetzen müsse, den der Mandatar in Folge der Uebernahme des Auftrags erlitten hat." — „Was den Mandanten verpflichtet", sagt Mommsen selbst, „ist nicht ein Verschulden von seiner Seite, sondern die Ertheilung des Auftrages als solche." Diese Verpflichtung wird hervorgerufen durch den Grundsatz, dass der Mandatar keinen Schaden erleiden soll, der durch die Uebernahme des Mandats veranlasst wird. Mommsen findet diesen Grundsatz vor Allem in dem § 5 der Africanus-Stelle ausgesprochen: ‚iustissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset.' „Das ist es also," sagt Mommsen, „worauf es allein ankommt, dass der Schaden in Folge des Mandats eingetreten ist; darauf, ob dem Mandanten eine Culpa zur Last fällt, kommt es nicht an. Nur dann braucht der Mandant den Schaden nicht zu ersetzen, wenn der Mandatar denselben durch Anwendung der Diligentia eines diligens Paterfamilias hätte abwenden können." Für diese allgemeinen Grundsätze citirt Mommsen[4]) noch mehrere Stellen, von denen die l. 67 D. 46,1 besonders wichtig ist. In der l. 15 D. 17,1 liegt nach unserer Meinung Culpa des Mandanten vor. Die übrigen Stellen haben wir schon im vorigen Paragraphen bei Ihering gewürdigt.

[2]) Mommsen a. a. O. S. 58 f. Dort siehe auch das Nähere der Mommsen'schen Eintheilung.

[3]) Koppel a. a. O. S. 24 f.; Mommsen a. a. O. S. 60 f.

[4]) Mommsen a. a. O. S. 61.

Wir kommen nun zu der interessanten Frage: wie wird Mommsen diese eben dargelegten Regeln mit dem Schlusse der Africanus-Stelle vereinbaren? Und er kommt gleich selbst darauf zu sprechen. „Die Ersatzklage des Mandatars ist also nicht dadurch bedingt, dass der Mandant bei Ertheilung des Auftrages sich eines Dolus schuldig gemacht hat. Und ebensowenig können wir eine Culpa des Mandanten für nöthig halten. Zwar sagt Africanus am Schluss der l. 61 § 5 (Africanus-Stelle): ‚Et sicut in superioribus contractibus' etc. . . „Diese Worte dürfen aber, „fährt Mommsen fort, „wie ich Ihering zugebe[5]), nicht so verstanden werden, als ob Africanus die Haftung des Mandanten auf die Fälle einer eigentlichen Culpa hätte beschränken wollen. Es ist nicht zu bezweifeln, dass er den Mandanten ohne Rücksicht auf die etwaige Entschuldbarkeit seiner Unkenntniss will haften lassen. Demzufolge sagt er denn auch schlechthin: ‚nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit'. Müssen wir nun auch sagen, dass der letzte Satz in dieser Allgemeinheit unrichtig ist, dass also Africanus hier einen unrichtigen Gesichtspunkt hineingezogen hat, so macht dieses doch in Beziehung auf das Resultat keinen Unterschied."

Alsdann setzt Mommsen seine Theorie selbst auseinander. „Der Schaden", sagt er[6]), „kann darin seinen Grund gehabt haben, dass das Mandat diesen bestimmten Inhalt gehabt hat, oder darin, dass der Mandatar das Mandat auf diese und nicht, wie er das auch hätte können, auf eine andere Weise ausgeführt hat. Den ersten Schaden muss der Mandant ersetzen ohne Rücksicht darauf, ob ihm eine Culpa nachgewiesen werden kann; dagegen wird er einen Schaden der zweiten Art nicht immer und unbedingt zu ersetzen haben, sondern nur dann, wenn ihm in irgend einer Weise eine Culpa zur Last fällt, wenn er die Gefahr wenigstens einigermaassen hätte vorhersehen können."

Mommsen unterscheidet also, und mit ihm Koppel, ob der zufällige Schaden, den der Mandatar erleidet, eine Folge des Inhalts des Auftrages oder eine Folge der Ausführung ist. Koppel, der fühlte, dass er nicht alle Fälle in diesen beiden Gruppen werde unterbringen können, führt noch eine dritte Gruppe an, nämlich die, wo der Schaden mit keiner der beiden ersten Gruppen zusammenhängt, sondern nur gelegentlich der Ausführung eintritt, in welchem Falle der Mandant nie hafte. Diese dritte Gruppe Koppel's hängt der ganzen Eintheilung aber nur sehr lose an und will sich durch-

[5]) Gut! Aber Ihering sah darin doch seine Culpa in contrahendo!

[6]) Mommsen a. a. O. S. 62.

aus nicht dem ganzen System einfügen lassen. Schon im dritten Kapitel seiner Abhandlung hat Koppel von Fällen gehandelt, wo der Mandatar keinen Ersatz bekommt, nämlich wo der Schaden eine Folge der Ausführung ist. Trotzdem fügt er im vierten Kapitel noch weitere Fälle hinzu, in denen der Mandatar keinen Ersatz bekommt, wo der Schaden bloss gelegentlich der Ausführung eintritt — es zeigt dies, dass er mit Mommsen's Eintheilung bei näherer Ausführung nicht ausreicht!

Mommsen glaubt, Ihering meine ganz dasselbe, wie er, wenn er, wie im vorigen Paragraphen angeführt[7]), zwischen dem Schaden, den der Mandatar durch das aufgetragene Geschäft, und dem Schaden, den er bloss bei Gelegenheit der Ausführung desselben erlitten hat, unterscheidet. Das ist aber nicht richtig. Der Schaden kann recht wohl den Mandatar dadurch betroffen haben, dass er das Mandat gerade auf diese Weise ausgeführt hat, und ihn dennoch nur bei Gelegenheit der Ausführung betroffen haben! Ebenso kann der Schaden ihn recht wohl dadurch betroffen haben, dass er das Mandat gerade auf diese Weise ausgeführt hat, und ihn dennoch durch das aufgetragene Geschäft getroffen haben! Mommsen's und Koppel's „bei Ausführung" des Auftrags heisst, wie Mommsen ja selbst sagt, soviel wie: dadurch, dass der Auftrag gerade auf diese, und nicht, wie das auch möglich gewesen wäre, auf andere Weise ausgeführt worden ist. Ihering's „bei Gelegenheit des Auftrags" heisst das aber nicht, sondern: nicht direct mit dem Auftrag zusammenhängend, vielmehr durch ein von aussen eintretendes Ereigniss! Es decken sich zum Beispiel die beiden Theorieen nicht in dem Falle, den Mommsen auf Seite 63 bespricht: hier erleidet der Mandatar in beiden Fällen den Schaden durch das aufgetragene Geschäft, bekommt also in beiden Fällen Ersatz nach Ihering's Theorie, während er nach Mommsen's Theorie im zweiten Falle, wie er ja selbst sagt, keinen Ersatz bekommt, wenn nicht[8]) der Mandant in culpa war!

Koppel meint noch, auch Windscheid in seinen „Pandekten" scheine sich sehr der Mommsen'schen Theorie zu nähern. Wir meinen aber, Windscheid's Worte kämen der Ihering'schen Theorie viel näher. Windscheid sagt[9]): „Den Schaden, welchen der Beauftragte bloss bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages erleidet, bekommt er nur dann ersetzt, wenn dabei den Auftraggeber ein Vorwurf trifft." Er sagt also: Wenn den Auftraggeber kein Vorwurf trifft, so bekommt

[7]) Ihering a. a. O. S. 37.
[8]) Mommsen a. a. O. Anm. 7 S. 63.
[9]) Windscheid, Pandekten, II § 410 S. 489.

der Beauftragte den Schaden nicht ersetzt, der ihn nur bei Gelegenheit der Ausführung trifft. Dies „bei Gelegenheit der Ausführung“ sind ganz die Worte Ihering's, und sie scheinen sich unserer Ansicht nach auch bei Windscheid geradeso wie bei Ihering in dem oben ausgeführten Sinne von dem Mommsen'schen „als Folge der Ausführung“ zu unterscheiden.

Es fragt sich nun: wie stellen sich Mommsen und Koppel zu der Paulus-Stelle, und wie suchen sie diese Stelle mit ihrem Resultate zu vereinbaren? Mommsen, dem sich Koppel auch hier in Allem anschliesst, sagt, § 6 der Paulus-Stelle würde, wenn er allein stände, keine so sehr grosse Schwierigkeit machen; „man könnte dann annehmen, dass Paulus unter dem zufälligen Schaden, der nicht dem Mandat zuzurechnen ist, nicht jeden zufälligen Schaden überhaupt, sondern nur denjenigen verstände, der bei Ausführung des Mandats eingetreten ist, ohne in dem Inhalt des Mandats selbst seinen Grund zu haben, und dass er die Ausschliessung der Ersatzpflicht in den fraglichen Fällen nur als Regel habe aussprechen wollen, ohne dabei zu verkennen, dass unter Umständen auch hier der Schaden dem Mandat zuzurechnen sei.“ Wenn man auf Mommsen's Standpunkt steht, so wird man diese Ausführung als sehr treffend bezeichnen können. Dann fährt er fort: „Die eigentliche Schwierigkeit entsteht durch den § 7, und es ist mir sehr zweifelhaft, ob derselbe sich mit der l. 61 § 5 de furtis (Africanus-Stelle) vereinigen lässt.“ Er macht nun drei Vereinigungsversuche: man müsse entweder annehmen, das Mandat, dessen im ersten Theil des § 7 gedacht ist, sei nicht auf den Ankauf eines bestimmten Sklaven gerichtet gewesen — dies scheint nach unserer Ansicht aber durchaus nicht stichhaltig zu sein und ist, wie wir im folgenden Paragraphen noch sehen werden, durch den einfachen Hinweis darauf, dass Paulus von einem ‚Talem servum‘ spricht, zu widerlegen —; oder Paulus habe durch die Art, wie er der Noxae datio erwähne, nicht eine Klage unter Ausschliessung der Noxae datio zurückweisen wollen — diese Erklärung scheint uns unnatürlich und gezwungen. Mommsen sagt[10]), übrigens von beiden Erklärungen selbst, sie schienen ihm im Hinblick auf den zweiten Theil des § 7 bedenklich. Als dritten Versuch citirt er den von Koch im dritten Bande des „Recht der Forderungen“ Seite 471[11]). Die Koch'sche Unterscheidung danach, ob der Mandatar Dinge mit sich führe, die er nothwendig zur Ausführung des Auf-

[10]) Mommsen a. a. O. S. 65.

[11]) In der uns vorliegenden 2. Auflage (1859) des Koch'schen Buches ist es S. 555.

trags brauchte — für deren Verlust er Ersatz verlangen kann — und danach, ob es überflüssige Gegenstände waren, für deren Verlust er keinen Ersatz verlangen kann — darf man unserer Ansicht nach nicht, wie Mommsen dies thut, für eine Regel halten, die von Koch aufgestellt wird, sondern nur für ein einzelnes Beispiel zu der von ihm vorher aufgestellten Regel, dass der Machtgeber dem Beauftragten den Schaden ersetzen muss, welchen dieser dadurch erlitten hat, dass er bei der Vollziehung des ihm aufgegebenen Geschäfts sich der Gefahr einer solchen Beschädigung aussetzen musste[12]). Schliesslich begnügt sich Mommsen übrigens bei der Unvereinbarkeit der beiden Stellen und argumentirt, bei welcher Argumentation sich ihm Koppel wieder genau anschliesst: „Wie dem aber auch sei, jedenfalls wird man bei der Entwickelung der für das Mandat geltenden Grundsätze die l. 61 § 5 D (Africanus-Stelle) zu Grunde legen müssen, weil die in dieser Stelle enthaltene Entscheidung durch die analogen Entscheidungen anderer Stellen unterstützt wird."

Wenden wir uns von dieser Bemerkung aus sofort zur Kritik der Mommsen'schen Theorie[13]), so müssen wir sagen: Mommsen schliesst sich bei der Aufstellung seiner Theorie, wie man sieht, weniger genau an den Wortlaut der Quellen an, als dies die übrigen Schriftsteller gethan haben; er argumentirt mehr aus dem ganzen Geiste des römischen Rechts und dessen Ansichten von Recht und Billigkeit heraus. Müssen wir nun auch zugeben, dass ein solches Verfahren seine grosse Bedeutung hat da, wo es an positiven Quellenvorschriften für eine Materie fehlt, so können wir ihm nicht die gleiche Berechtigung zugestehen, wenn solche, wie in unserem Falle, in ausgiebigem Masse vorhanden sind. Mommsen hat selbst einmal an einer bereits oben von uns citirten Stelle gesagt[14]), zunächst kämen immer die Aussprüche der Rechtsquellen in Betracht. Und da Mommsen ebenso wie Koppel den ausschlaggebenden § 5 der Africanus-Stelle nicht anders versteht, als die übrigen Schriftsteller, so haben wir seine Theorie auch denen der Anderen, die im Grunde die Haftung des Mandanten immer wieder durch seine Culpa motiviren, mit Recht beizuzählen geglaubt, denn schliesslich wird er, wenn er sich mit dieser Stelle abzufinden sucht, in diesem Punkte ebenfalls zu keinem anderen Resultate gelangen können.

---

[12]) Koch a. a. O. 2. Aufl. S. 555.

[13]) Mommsen wendet sich noch zu einer Polemik gegen die Ihering'sche Behauptung, der Mandatar habe immer das negative Vertragsinteresse zu beanspruchen. Auf diese Frage werden wir im nächsten Kapitel (§ 3) noch näher eingehen.

[14]) Vgl. I. Abschnitt § 4 S. 13.

Gehen wir nun noch kurz bei unserer Kritik auf den materiellen Inhalt der Mommsen'schen Theorie ein, so ist zu bemerken, dass sie nach unserer Ansicht an erheblichen Mängeln leidet. Die Theorie unterscheidet zwischen einem Schaden, der aus dem bestimmten Inhalt des Mandats entstanden ist, und einem Schaden, der aus der Ausführung desselben entstanden ist. Diese „Ausführung" wird in dem ganz bestimmten Sinne gefasst: nämlich so, dass der Mandatar den Auftrag, wie Mommsen selbst sagt: „auf diese und nicht, wie er das auch hätte können, auf eine andere Weise ausgeführt hat." Und so lässt Mommsen in den Fällen, die er zur Erläuterung anführt, den Mandatar Ersatz bekommen, wenn der Auftrag auf den Ankauf eines bestimmten Sklaven gerichtet gewesen und dieser Sklave ihn bestohlen hat; dagegen nach seinen eigenen Worten, wenn der Auftrag ganz allgemein auf den Ankauf eines Sklaven gerichtet gewesen und der Mandatar, der, nebenbei bemerkt, keinen der Sklaven kannte, gerade diesen Sklaven gewählt hat, der nun zufällig diebisch ist und ihn bestiehlt, so bekommt er keinen Ersatz. Oder der Mandatar, der nicht gerade in eine gefährliche Gegend, wo er nach Mommsen immer Ersatz bekommen wird, sondern in eine Gegend von gewöhnlicher Sicherheit geschickt wird, und dem die Wahl des Reisetages frei gelassen ist, entschliesst sich, am 14. zu reisen; da wird er nun zufällig beraubt; hier, sagt Mommsen, bekommt er keinen Ersatz; er hätte ja auch am 13. oder 15. oder an allen möglichen anderen Tagen reisen können, an denen er vielleicht nicht beraubt worden wäre!

Nun kann man aber fragen, ob eine solche Entscheidung gerecht ist und den gerade von Mommsen so sehr betonten Grundsätzen der Billigkeit des römischen Rechts entspricht. Auf Seiten des Mandatars scheint uns hierbei mehr oder weniger ein Hazardspiel vorzuliegen. Ohne dass ihn die geringste Schuld trifft — denn es ist ja immer hierbei vorausgesetzt, dass er nicht in culpa ist, in welchem Falle die Sache ja sehr einfach läge, er nämlich in keinem Falle Ersatz bekäme — auch ohne dass er es nur im geringsten vorher ahnen kann, ohne dass er nur den geringsten Anhaltspunkt hat — wird er, wenn er den Sklaven wählt, zu Schaden kommen müssen, wenn er aber den wählt, den er genau so wenig kennt, wie den ersten, keinen Schaden erleiden. Wir meinen, man dürfte dies mehr Willkür als Recht nennen. Und dann — will man denn in allen Fällen immer nur nach Inhalt des Mandats und nach der so und nun einmal nicht anders bewerkstelligten Ausführung unterscheiden? Man wird dabei bei weitem nicht alle Fälle unterbringen können; denn es ist durchaus nicht gesagt, dass alle Nachtheile, die

den Mandatar nicht aus dem Inhalte des Mandats treffen, ihn durch die gerade auf diese Weise bewerkstelligte Ausführung treffen! Und ist das denn überhaupt ein streng logischer Gegensatz? „Inhalt“ des Mandats und „Ausführung“ sind wohl Gegensätze, aber doch nicht „Inhalt“ auf der einen und ein ganz specieller Fall der Ausführung — nicht etwa diese überhaupt, sondern nur, wenn sie sich gerade so gut so wie anders bewegen konnte — auf der anderen?!

§ 6. Theorieen bei Glück, speciell die von Anton Faber.

Wir haben jetzt noch zwei Theorieen zu besprechen, die wir, hätten wir sie in die allgemeine Reihenfolge aufnehmen wollen, schon an viel früherer Stelle hätten erörtern müssen. Da wir sie aber für zu unbedeutend und unbegründet halten, um dort aufgeführt zu werden, so mögen sie hier, gleichsam als Anhang zu diesem Kapitel, eine Stelle finden. Beide Theorieen finden wir in Glück's „Erläuterungen der Pandekten“ aufgeführt. Die eine ist die, der wir bereits oben bei Mommsen begegnet sind, und die die scheinbare Antinomie zwischen der Paulus- und Africanus-Stelle so aufzulösen versucht, dass sie sagt: Paulus rede von dem Falle, wenn der Mandatar nur überhaupt den Auftrag erhielt, einen Sklaven zu kaufen[1]). Diese Ansicht widerlegt Glück richtig mit dem Argument, das wir schon oben angeführt: „Die Worte des Paulus: ‚Quod si ego scissem, talem esse servum‘ beweisen deutlich, dass auch Paulus an ein solches Mandat gedacht haben müsse, welches auf den Kauf eines gewissen Sklaven gerichtet war.“ —

Wichtiger, wenn auch ebenso unbegründet, ist eine andere Theorie, die wir bei Glück finden, es ist dies die von Anton Faber, welcher sagt, da die Actio mandati nach dem Ausspruche des Paulus selbst in dem Falle, wo sie nur auf eine Noxae datio gestattet wird, von der Bedingung abhängig gemacht worden, dass dem Mandatar bei dem Diebstahl des für den Mandanten gekauften Sklaven keine Culpa zur Last fällt, so sei sie so gut, wie überhaupt abgesprochen: denn erstens lasse sich ein Diebstahl ohne die eigene Schuld des Bestohlenen nicht leicht denken, und zweitens: „wie kann meine Nachlässigkeit deinen Sklaven berechtigen, mich zu bestehlen?“— Um zuerst den zweiten Punkt als den kürzeren zu erledigen, so ist nach unserer Ansicht hier gegen Faber einzuwenden: von einer Berechtigung zum Bestehlen ist gar nicht die Rede — es handelt sich nur darum, ob der Mandatar von dem Herrn des Sklaven dafür Er-

[1]) Glück a. a. O. S. 309.

satz verlangen kann! Daraus, dass er dies nicht kann, folgt noch lange nicht, dass der Sklave also berechtigt war, ihn zu bestehlen; denn indem der Mandatar den Auftrag übernahm, übernahm er auch gewisse Verpflichtungen und Gefahren; die Sache steht hier nicht so, als wenn eine Person ausserhalb jedes Contractsverhältnisses bestohlen wird! — Was nun den ersten Punkt betrifft, es lasse sich kein Diebstahl ohne eine Schuld des Bestohlenen denken, so meinen wir, das schlagendste Argument gegen diese, bei älteren Juristen übrigens ziemlich verbreitete Ansicht sei dasjenige, das Koppel[2]) aus den Pandekten Hepp's citirt: Der Umstand, dass in den Quellen überhaupt die Verpflichtung des Mandanten zum Schadensersatz in Frage kommt und einer langen Erörterung unterzogen wird, beweist, dass die Möglichkeit eines Diebstahls ohne Culpa des Bestohlenen durchaus anerkannt werden muss. Koppel bemerkt richtig, man werde eben nur verlangen können, dass der Bestohlene nachweist, er habe die Diligentia diligentis patrisfamilias angewendet, um einen Diebstahl zu vermeiden. Auch sonst bringt Koppel im § 2 seiner Abhandlung noch einiges Material zu dieser Frage herbei; insbesondere verweist er auf die Ausführungen von Hasse[3]).

Faber macht ausserdem noch einen anderen interessanten Einwand. Er sagt nämlich: „Dass der Mandatar wegen des von dem gekauften Sklaven begangenen Diebstahls gegen den Mandanten noxaliter klagen könne, darüber habe gar keine Frage entstehen können (l. 22 D. commod., l. 45 D. locat.-cond.); noch weniger hätte es deshalb der Autorität des Neratius bedurft. Die Frage wäre vielmehr diese gewesen, ob sich der Mandatar mit der Noxae datio begnügen müsse.“ Deshalb müsse man in der Paulus-Stelle (im § 7) statt ‚sine culpa tua‘ vielmehr ‚sine culpa mea‘ lesen. Denn es sei billig, dass, wenn der Gewaltgeber ausser aller Schuld sei, der Mandatar sich mit der Noxae datio begnüge. — Was nun die Conjectur ‚sine culpa mea‘ betrifft, so ist bei Glück in der Anmerkung 65 das vollständige Material angegeben zum Beweis, dass diese Conjectur ganz falsch ist. Und was den sachlichen Einwand betrifft, so meinen wir, ist auch dieser hinfällig. Denn, wie wir weiter unten zeigen werden, nicht das ist fraglich, ob der Mandatar die Noxae datio des Sklaven verlangen kann, sondern das, ob er sie mit der Actio contraria verlangen kann! Das ist die Frage, auf die wir weiter unten ausführlicher eingehen werden. —

[2]) Koppel a. a. O. § 2 S. 13.
[3]) Hasse a. a. O. S. 319 f.

III. Kapitel.

Dogmatischer Theil.

§ 1. Unsere Erklärung der Africanus- und Paulus-Stelle.

Wir haben im vorigen Kapitel alle bedeutenderen über unsere Lehre existirenden Theorieen dargestellt und gesehen, dass sie alle das Eine gemeinsam haben: sie begrenzen oder motiviren wenigstens die Haftung des Mandanten durch seine Culpa — so wenigstens immer dann, wenn sie sich mit den Quellen selbst abzufinden suchen. Zu diesem Resultate waren jene Theorieen vorzüglich aus dem § 5 der Africanus-Stelle, ganz besonders aus dem Schlusssatze desselben gelangt. Wir haben bereits im § 2 des zweiten Kapitels dargelegt, wie alle Schriftsteller, die bisher unser Thema behandelt, die Africanus-Stelle verstanden haben. Um es kurz noch einmal zu wiederholen: sie waren der Ansicht, Africanus sage im Eingange der Stelle, der Mandant hafte für den Schaden, der dem Mandatar durch den diebischen Sklaven zustösst, wenn er um dessen diebische Natur gewusst habe. Alsdann behaupte Africanus, der Mandant hafte für den Schaden, auch wenn er von der diebischen Natur des Sklaven nicht gewusst habe, und dies motivire Africanus theils damit: ‚nemini officium suum damnosum esse debet", theils damit, dass der Mandant doch auch im Falle des Nichtwissens immerhin in culpa sei, weil er den Auftrag gegeben, gerade einen solchen Sklaven zu kaufen. Nach der Ansicht dieser Schriftsteller bezog sich also der Schluss der Africanus-Stelle, von ‚ita in his culpam eorum' an, auf den zweiten Fall, von dem Africanus spricht, nämlich auf den Fall des Nichtwissens.

Wir werden im Folgenden versuchen, unsere eigene Theorie von der Haftung des Mandanten, und zwar streng aus den Quellen, zu begründen, und dabei vor Allem unsere Ansicht über die beiden hauptsächlich in Betracht kommenden Stellen, die Paulus-Stelle und die Africanus-Stelle, darlegen. Wir glauben nun, dass alle Schriftsteller zu ihren unserer Ansicht nach — wenigstens was die Motivirung betrifft — unrichtigen Theorieen durch ein falsches Verständniss der Africanus-Stelle gekommen sind. Wir haben bereits oben im § 2 des zweiten Kapitels dargelegt, welche ungeheuren Schwierigkeiten aus der Auffassung, die nun einmal alle Schriftsteller von der Africanus-Stelle haben, entstehen, und müssen auf die Ausführungen an jenem Orte verweisen. Wir glauben, dass von Allen diese Africanus-Stelle falsch verstanden worden ist.

Um unsere eigene Auffassung dieser Stelle dazulegen, wird es nöthig sein, den ganzen logischen Zusammenhang derselben kurz zu betrachten. In § 1 derselben sagt Africanus: wenn ein mir verpfändeter Sklave mich bestiehlt, so kann ich mit der Actio pigneraticia contraria erlangen, dass Du mir entweder den Schaden ersetzest oder den Sklaven mir noxae dedirst. In § 3[1]) sagt Africanus: wer aber wissentlich einen diebischen Sklaven verpfändet, der ist überhaupt gezwungen, den ganzen Schaden zu ersetzen, denn so verlangt es die bona fides. Als Africanus den § 5 beginnt[2]), sagt er, es sei zweifelhaft, ‚num aeque dicendum sit omni modo damnum praestari debere', das heisst also, es sei zweifelhaft, ob beim Mandat, ebenso wie beim Pfandvertrag, der Mandant, der wissentlich den Auftrag zum Ankauf eines Sklaven gebe, den vollen Schaden ersetzen müsse. Dann fährt er fort: ‚et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur'. Da wir nun, wie es zahlreiche Ausgaben des Corpus iuris thun, vor et quidem einen Punkt setzen und diesen Satz also nicht mehr von dubitare abhängig sein lassen möchten — übrigens ist die Frage keineswegs von grosser Bedeutung — so heisst dieser Satz: Ja, das (hoc, nämlich der Umstand, dass der volle Schaden ersetzt werden muss) muss beim Mandat noch weit mehr als in den vorigen Contracten (Pfandvertrag und Kauf) beobachtet werden, so dass der, der den Auftrag zur Anschaffung eines bestimmten Sklaven gegeben hat, selbst wenn er gar nicht gewusst hat, dass er diebischer Natur sei, dennoch den Schaden zu ersetzen gehalten ist. Dann folgt die längere Begründung dieses Satzes: denn mit vollem Recht könne der Mandatar anführen, er würde diesen Schaden gar nicht erlitten haben, wenn er das Mandat nicht übernommen hätte. Und am Depositum trete das noch deutlicher hervor: Denn wenn es auch billig scheine, dass Niemanden durch seinen Sklaven mehr Schaden treffe, als dieser selbst werth sei, so sei es doch viel billiger, dass Niemandem ein Freundschaftsdienst, den er nur um dessen willen, mit dem er con-

[1]) § 2 der Stelle lautet: ‚Idem dicendum de eo, quem convenisset in causa redhibitionis esse, uti, quemadmodum accessiones et fructus emptor restituere cogitur, ita et e contrario venditor quoque vel damnum decidere vel pro noxae deditione hominem relinquere cogatur'. Er ist, wie aus dem Wortlaut hervorgeht, für den Zusammenhang nicht von Belang, denn er wendet lediglich die in § 1 entwickelte Regel auf den Fall an, wo ein Sklave zurückgenommen werden muss.

[2]) § 4: ‚Sed in actione empti praecipue spectandum esse, qualem servum venditor repromiserit' hat ebenfalls auf den Zusammenhang keinen Einfluss; er sagt nur, bei dem Kauf komme es vorwiegend darauf an, was für einen Sklaven der Verkäufer versprochen habe.

trahirt, nicht aber seinetwegen übernommen habe, Nachtheil bringe. Und hier möchten wir wieder einen Punkt setzen, den auch hier wieder zahlreiche Ausgaben des Corpus iuris haben. Und nun fährt Africanus fort: ‚Et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. Nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret'. Diesen ganzen Passus nun, von ‚Et sicut' ... an, beziehen alle Schriftsteller noch auf den zweiten Fall, wo der Mandant nicht um die diebische Natur des Sklaven wusste, also auf den Fall des Nichtwissens, von dem Africanus ja von den Worten: ‚et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum' an gesprochen hat; wir aber glauben, dass dieser ganze Passus sich gar nicht mehr auf diesen Fall bezieht, sondern schon wieder auf den ersten Fall, wo der Mandant um die diebische Natur des Sklaven weiss, auf den Fall des Wissens, von dem Africanus am Eingange der Stelle gesprochen hat! Die ganze Stelle gliedert sich unserer Ansicht nach deutlich folgendermaassen: Africanus sagte am Eingang: ‚se dubitare', er zweifle, es scheine ihm zweifelhaft, ob man beim Mandat ebenfalls wie bei den anderen Contracten sagen könne: Wenn der Mandant um die diebische Natur des Sklaven weiss, muss er den ganzen Schaden ersetzen. Diesen Zweifel sucht Africanus im Folgenden aber selbst zu widerlegen, indem er sagt: Sicher muss der Mandant im Falle des Wissens allen Schaden ersetzen. Denn man kann ja (et ... quidem) beim Mandat noch weiter gehen und sagen, der Mandant müsse auch im Falle des Nichtwissens allen Schaden ersetzen. Nun folgen die bekannten Sätze zum Beweise, nun folgt die Anführung des Depositums, um die für das Mandat entwickelten Grundsätze der bona fides zu begründen. Und danach lenkt er wieder ein und sagt: Da ja nun schon, wie oben bewiesen, der Mandant selbst denjenigen Schaden, der durch seine Unkenntniss entstanden ist, zu ersetzen verpflichtet ist, muss also doch, wie in den vorigen Contracten der Dolus des wissentlich Verschweigenden bestraft werden soll, auch bei diesen, dem Mandat und Depositum, die Culpa des wissentlich Verschweigenden (warum er dies hier Culpa nennt, darauf werden wir noch weiter unten kommen) dem Verschweigenden selbst Schaden bringen. Denn sicher ist der Mandant in culpa, wenn er den Auftrag zur Anschaffung eines talis servus, das heisst eines Sklaven, von dem er weiss, dass er diebisch ist, giebt, und sicher ist der Deponent in culpa,

der, obwohl er weiss, dass der Sklave, den er deponirt, diebisch ist, den Depositar nicht warnt!

Wir meinen, die Stelle müsse durchaus so verstanden werden, wie wir sie eben ausgelegt haben. Es ist für uns ganz klar, dass sich der Schluss der Stelle gar nicht mehr auf den Fall des Nichtwissens, sondern auf den im Eingang angeführten ersten Fall des Wissens bezieht. Wir meinen, dies erkennt man auch ganz deutlich, wenn man sich den Zusammenhang des § 5 vergegenwärtigt, wenn man, was auch ganz klar ist, einsieht, dass die ganze Ausführung des Falles des Nichtwissens nur zum Beweise des Falles des Wissens, der ja nach Africanus' eigenem Ausspruch zweifelhaft ist (dubitare), dient. Es ist dies die einfache Art, eine Thatsache zu beweisen, indem man graduell einen Schritt weiter geht und zeigt, dass nicht nur dies, sondern noch viel mehr wahr sei. Und dann schliesst man: Wenn nun sogar dieses wahr ist, um wieviel mehr muss erst das wahr sein, was doch lange nicht so weit geht! Selbst diesen Schluss hat Africanus in den Worten „...(et sicut)... ita' (so muss denn auch) angedeutet. Der ganze Zusammenhang der Stelle, der übrigens immer noch hinlänglich klar ist, scheint uns bei der Compilation ein klein wenig verwischt worden zu sein, so dass er so lange missverstanden werden konnte. So sind wir mit einem Schlage aller der Schwierigkeiten enthoben, die daraus entstanden, dass man meinte, Africanus wolle eine Culpa des Mandanten im Falle der Unkenntniss der diebischen Natur des Sklaven construiren! Die Haftung für Nichtwissen motivirt er, wie wir gesehen haben, ganz unabhängig von jeder Culpa, also indem er zugiebt, dass der Schaden hier rein zufälliger Natur ist, lediglich aus den Regeln der bona fides; die Culpa bezieht sich auf den ersten Fall, wo der Mandant um die diebische Natur des Sklaven gewusst hat, und wird nur zur Motivirung der Haftung für diesen Fall benutzt.

Eine starke Bekräftigung findet unsere Ansicht aber in dem Paragraphen, der sich unmittelbar an den § 5 der Stelle anschliesst. Africanus fährt nämlich im § 6 fort: Was nun das Commodat betrifft, so muss man natürlich anders entscheiden, weil ja da allein derjenige, der um den Gebrauch der Sache gebeten hat, den Vortheil vom Vertrage hat. Daher soll der, der die Sache verliehen hat, ebenso wie bei der Miethe, wenn er arglistig gehandelt hat, nichts über den Werth des Sklaven hinaus verlieren: ‚itaque eum qui commodaverit, sicut in locatione, si dolo quid fecerit, non ultra pretium servi quid amissurum' — ja man muss sogar hinsichtlich der Auslegung des Dolus etwas gelinder zu Werke gehen, weil ja, wie gesagt, für den Commodanten gar kein Nutzen in Betracht kommt.

Hier hat nun die Lesart: ‚si dolo quid fecerit' von jeher grosse Schwierigkeiten bereitet. Hasse[3]) behauptet, die Lesart: ‚si dolo quid fecerit' gebe keinen Sinn und liest: ‚nisi dolo quid fecerit'; ebenso sagt Mommsen[4]): „Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die Lesart: ‚si dolo quid fecerit' jedenfalls unrichtig ist, indem der ganze Zusammenhang nothwendig eine Negation erfordert." So lesen denn auch mehrere Handschriften: ‚si non dolo quid fecerit'. Nun ist aber die Lesart: ‚si dolo quid fecerit' in der Florentina wohl verbürgt; auch die Mommsen'sche Ausgabe des Corpus iuris hat diese Lesart aufgenommen. Alle anderen Lesarten, als die: ‚si dolo quid fecerit' beruhen rein auf Conjectur, weil man meinte, diese Lesart gebe im Zusammenhange mit dem vorhergehenden Paragraphen keinen Sinn. Allerdings, wenn man, wie bisher geschehen, diesen vorhergehenden Paragraphen so versteht, dass man meint, Africanus rede am Schlusse desselben von dem Falle des Nichtwissens, so versteht man nicht, wie Africanus im darauffolgenden § 6 sagen kann: Anders ist es natürlich beim Commodat, denn da soll derjenige, der arglistig gehandelt hat (si dolo quid fecerit), nichts über den Werth des Sklaven hinaus verlieren. Anders ist es beim Commodat, wenn da der Commodant arglistig gehandelt hat, sagt Africanus — worauf, überlegte man, soll sich denn das „Anders, wenn er beim Commodat arglistig gehandelt hat" beziehen? Africanus sprach ja am Schluss des § 5 garnicht von dem Falle des wissentlichen Verschweigens — wie kann er denn also so fortfahren? Ja, aber Africanus sprach nach unserer oben begründeten Ansicht doch am Schlusse des § 5 von dem Falle des wissentlichen Verschweigens, von dem Dolus, der dort, worauf wir gleich eingehen werden, nur Culpa hiess: er kann also ganz glatt fortfahren: war es im Falle des wissentlichen Verschweigens beim Mandat und Depositum im vorigen Paragraphen so und so, so ist es in diesem Falle des Dolus beim Commodat anders, nämlich so und so! Mit unserer Erklärung der Stelle werden also nicht nur alle auf das Mandat bezüglichen Schwierigkeiten gehoben, sondern auch die in § 6 bestehende, angeblich unvereinbare Lesart wird als völlig richtig und mit dem ganzen Zusammenhange der Stelle vereinbar nachgewiesen! So findet also unsere Erklärung der Africanus-Stelle durch die als echt verbürgte Lesart ‚si dolo quid fecerit' eine kräftige Bestätigung!

Zwei Einwände kann man uns bei unserer Auffassung der Africanus-Stelle machen. Zuerst den: Wenn Africanus am Schluss

[3]) Hasse a. a. O. S. 401.
[4]) Mommsen a. a. O. S. 75 Anm. 7.

des § 5 wirklich von dem Falle des wissentlichen Verschweigens redet, warum setzt er dann da den Dolus und die Culpa so in Gegensatz: ‚et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere‘ — warum nennt er denn dasselbe wissentliche Verschweigen, von dem er ja nach unserer Ansicht in diesen Worten redet, bei Kauf, Miethe und Pfandvertrag Dolus, beim Mandat aber Culpa? — Und ein fernerer Einwand: Wie wollen wir die Entscheidung, die wir bei der Lesart: ‚si dolo quid fecerit‘ im § 6 für das Commodat erhalten, mit den allgemeinen Gesetzen in Einklang bringen, die Entscheidung nämlich, dass der arglistig handelnde Commodant doch nur bis zum Belaufe der Noxae datio hafte?

Wir werden beide Einwände durch ein und dieselbe Untersuchung sehr kurz erledigen können. Einmal haben wir bereits oben[5]) ausgeführt, dass die Culpa lata in Ansehung ihrer Wirkungen dem Dolus völlig gleichsteht. Dort haben wir auch die diesen Punkt klarstellende Litteratur, die für contractliche Verhältnisse darüber völlig einer Meinung ist, citirt. Was also die Wirkung betrifft, und diese ist für uns doch die Hauptsache, so ist es ganz gleichgültig, ob Africanus das wissentliche Verschweigen Dolus oder Culpa nennt. Aber auch die Bezeichnung selbst, die Africanus wählt, ist völlig gerechtfertigt[6]). Alle Schriftsteller geben zu, dass das, was bei dem einen Contract Dolus ist, bei dem anderen nur Culpa lata zu sein braucht[7]). Derselben Ansicht ist Africanus, und zwar wählt er die Bezeichnungen nach folgendem in seiner Stelle deutlich enthaltenen System. Africanus unterscheidet danach, ob die betreffende Sache, die den Inhalt des Geschäfts bildet, dazu bestimmt ist, dem Contrahenten, der der Schuldner des Geschäfts ist, Dienste zu leisten, oder nicht. Der Käufer nun will die gekaufte Sache benutzen, ebenso der Miether; in gewissem Sinne, da er sie doch im Falle der Nichtbefriedigung seiner Forderung verkaufen will, auch der Pfandgläubiger. Verschweigen also der Verkäufer, der Vermiether und der Verpfänder wissentlich Mängel der Sache, so muss man präsumiren, dass sie dies aus Dolus thun: denn sie wissen, die Sache, die sie dem anderen Contrahenten überlassen, soll ihm Dienste thun, und dadurch, dass sie Mängel hat, wird ihm ihr Gebrauch sehr erschwert, ja, statt dass er, wie er will, Nutzen von der Sache hat,

[5]) Vgl. II. Kapitel § 1 S. 18 speciell Anm. 8.

[6]) Uebrigens begreift ja der weitere Ausdruck Culpa den engeren Ausdruck des Dolus in sich; vgl. Hasse a. a. O. § 17.

[7]) Vgl. den Ausspruch aus den Quellen: magna negligentia culpa est.

hat er, wie in unseren Fällen, gar noch Schaden von ihr! — Anders verhält es sich beim Mandat. Hier ist die Sache, die der Mandatar beschafft, nicht dazu bestimmt, ihm Dienste zu leisten; er erwirbt sie nur für den Mandanten und nur zu dem Zwecke, um sie diesem sofort abzuliefern. Hier ist also die Verpflichtung des Mandanten, auf die Mängel der Sache aufmerksam zu machen, lange nicht so gross, wie bei Kauf, Miethe und Verpfändung; verschweigt er also wissentlich diejenigen Mängel derselben, durch die der Mandatar leicht Schaden erleiden kann, so macht er sich allerdings einer groben Fahrlässigkeit, einer Culpa lata also, schuldig, aber man wird nicht annehmen können, dass er dies aus Absicht gethan hat! Allerdings, das geben wir zu, es kann auch Arglist sein, der Mandant kann die Mängel der Sache verschweigen, um dadurch dem Mandatar Schaden zuzufügen; es kommt aber nicht darauf an, was auch sein kann, sondern was die Regel ist, und hier wird man doch wohl sagen müssen, in der Regel wird das wissentliche Verschweigen des Mandanten doch wohl nur Fahrlässigkeit sein; denn es bildet doch nicht die Regel, dass der Mandant, der wissentlich Fehler der Sache, durch die dem Mandatar Gefahren drohen, verschweigt, die Absicht hat, dass der, der in seinem Interesse und aus Freundschaft zu ihm den Auftrag vollführt, dadurch Schaden erleidet! Solche Mandanten dürften doch wahrlich sehr selten sein! Beim Kauf u. s. w. dagegen ist es etwas Anderes; hier wird eben der grösseren Wahrscheinlichkeit gemäss präsumirt, dass der, der sich eines solchen Verschweigens schuldig gemacht, dies aus Arglist gethan habe! — Was nun das Commodat betrifft, so ist hier auch die commodirte Sache dazu bestimmt, dem Commodatar Dienste zu leisten; verschweigt also der Commodant ihre Mängel, so wird man annehmen können, dass er dies aus Absicht gethan habe. Aber hier ist zu beachten, dass beim Commodat der alleinige Vortheil des Geschäfts beim Commodatar ist! Während bei Kauf, Miethe und Verpfändung der Vortheil des Geschäfts auf beiden Seiten ist, hat der Commodatar allen und der Commodant gar keinen Vortheil vom Geschäft! Was folgt daraus? Daraus folgt einmal, dass man, wie Africanus zeigt, bei der Auslegung des Dolus etwas gelinder zu Werke gehen muss (‚quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari'). Aber schon das ‚quin etiam', das eine Steigerung ausdrückt, deutet darauf hin, dass noch eine andere Eigenthümlichkeit des Commodats voraufgegangen ist, und zwar die, dass beim Commodat der Commodant auch bei Dolus (si dolo quid fecerit) nur bis zum Belaufe der Noxae datio haftet, was ausdrücklich mit dem Hinweis darauf motivirt wird, dass hier der Commodant

den alleinigen Vortheil vom Geschäft habe — videlicet quod tum eius solius commodum, qui utendum rogaverit, versetur. itaque eum qui commodaverit, non ultra pretium servi quid amissurum —! Wir geben zu, dass diese Entscheidung, wonach bei Dolus nur bis zur Noxae datio gehaftet wird, nicht gewöhnlich ist — sie widerspricht der von Paulus herrührenden Entscheidung in der l. 22 D. 13,6, sie widerspricht auch der von Africanus in der l. 31 D. 13,7 angefügten Bemerkung über das Commodat, der aber als gelegentlicher Bemerkung, bei der Africanus seine andere Entscheidung vielleicht nicht im Gedächtniss hatte[8]), weniger Gewicht beizulegen ist — allein aus dem Sinne des Africanus ist sie ganz leicht verständlich. Schon beim Mandat sagte er ja: ‚se dubitare', ob selbst im Falle des wissentlichen Verschweigens ‚omni modo damnum praestandum sit' — und für das Commodat sagt er, aus den oben angegebenen Gründen finde dies in diesem Falle nicht statt!

Sehr bemerkenswerth ist auch l. 17 pr. D. 13,6. Hier sagt Paulus: ‚in commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est'. Aber dass Paulus diese Abmachung beim Commodat, es solle nicht für Dolus gehaftet werden, ausdrücklich erwähnt, beweist, dass sie häufig vorgekommen sein muss. Und unter dem Einfluss des Rechtsgefühls, das bei den Römern beim Commodat wegen der besonderen Natur dieses Contracts die Haftung sehr zu beschränken forderte, mag Africanus leicht zu jener Entscheidung gekommen sein, die gleichsam als ein Compromiss erscheint, indem sie zwar, jener sehr beliebten Abmachung entgegen, den Commodanten für Dolus haften lässt, die Haftung für diesen Dolus aber beschränkt und im concreten Falle des Sklavenkaufes zum Beispiel bis zur Noxae datio ermässigt.

Uebrigens haben immer für das Commodat wegen seines exceptionellen Charakters Ausnahmeregeln gegolten. Um ein Beispiel aus der allerneuesten Gesetzgebung zu citiren: Der Entwurf für das bürgerliche Gesetzbuch sagt in § 550 über das Commodat: „Der Verleiher, sowie derjenige, welcher die Verleihung einer Sache zugesagt hat, haftet wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtungen dem Entleiher nur dann, wenn ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit sur Last fällt." Die Motive[9]) sagen ausdrücklich, dies sei eine Ausnahmebestimmung (denn sonst wird bei solchen Contracten für omnis culpa gehaftet); aber diese sei um deswillen für angemessen erachtet worden, „weil sie dem Wesen der Gebrauchsleihe

[8]) Vgl. darüber auch weiter unten S. 61.

[9]) Motive zum Entwurf u. s. w. Bd. 2 S. 446.

entspricht!“ Auch das Preussische Landrecht sagt in Theil I Titel 5 § 280: „Wer aus dem Vertrage keinen unmittelbaren Nutzen zu hoffen hat, bleibt nur für sein grobes Versehen verantwortlich.“

So sehen wir, dass durch unsere Erklärung der Africanus-Stelle alle Schwierigkeiten überwunden sind. Unerklärlich bleibt nur Eines: wieso Africanus bei seiner Entscheidung für das Commodat die Worte: ‚sicut in locatione‘ beifügen kann. Wir hegen aber die Vermuthung, dass diese Worte von den Compilatoren herrühren, die die Stelle nicht verstanden haben; wie käme Africanus dazu, Miethe und Commodat in Vergleich zu setzen, er, der streng gerade die Eigenart des Commodats betont![10])

Es existirt übrigens noch die Frage, ob nicht die l. 31 D. 13, 7, die auch von Africanus herrührt, einen Widerspruch gegen seine in l. 62 § 5 D. 47, 2 gegebene Entscheidung enthält. Auf diese Frage werden wir zurückkommen, wenn wir die Paulus-Stelle behandelt haben werden.

Wir gewinnen also aus der Africanus-Stelle das Ergebniss: Der Mandant haftet auf den vollen Betrag des Schadens, wenn er um die diebische Natur des Sklaven gewusst und dieselbe wissentlich verschwiegen hat, also wenn er in culpa ist (natürlich auch, wenn er in dolo ist, was aber, wie oben nachgewiesen, nur selten vorkommen wird); aber man kann sogar weiter gehen und sagen, der Mandant haftet für den Schaden auch dann, wenn er um die diebische Natur des Sklaven garnicht gewusst hat, wenn also der Schaden ein zufälliger ist.

Wenden wir uns nun zur Paulus-Stelle[11]) — (denn wir wollen erst den positiven Gehalt der Quellen feststellen und dann auf Grund desselben die allgemeinen Regeln construiren) —, so sehen wir zuerst einmal von dem § 6 derselben ganz ab und fassen lediglich den § 7 derselben in's Auge. Hier sagt Paulus: „Wenn ein Sklave, den Du auf meinen Auftrag hin gekauft hast, Dich bestohlen hat, so meint Neratius, dass der Sklave Dir noxae dedirt wird, sofern kein Verschulden von Deiner Seite vorliegt; hätte ich aber gewusst, dass der Sklave diebisch sei und Dir es nicht gesagt, damit

[10]) Uebrigens ist bemerkenswerth, dass Paulus in der l. 45 § 1 D. 19, 2 sagt, der Vermiether hafte nicht für Schaden, den der Miether aus dem gemietheten Gegenstand erleide (denn die Noxalklage wird ihm hier unabhängig von der Contractsklage gegeben, also gar keine Klage, wenn kein Diebstahl vorliegt: darüber siehe weiter unten), und in dieser Stelle ist nicht einmal gesagt, dass der Schaden ein zufälliger sei; es ist also nicht ausgeschlossen, dass hier auch bei Dolus nur noxaliter geklagt werden könne!

[11]) l. 26 § 6 und § 7 D. 17, 1. Den Wortlaut derselben s. S. 17.

Du Dich in Acht nehmen könntest, so müsse ich Deinen ganzen Schaden ersetzen."

Aus dieser Stelle geht das Eine deutlich hervor: Paulus ist derselben Ansicht wie Africanus darin: Der Auftraggeber, der um die diebische Natur des Sklaven weiss und dieselbe wissentlich verschweigt, haftet dem Beauftragten auf den vollen Schaden, der diesem dadurch erwächst.

Nun fragt es sich aber, ob Paulus ebensoweit geht, wie Africanus und sagt: Der Auftraggeber haftet auf den Schaden, auch wenn er nicht um diebische Natur des Sklaven gewusst hat, wenn also der Schaden ein zufälliger ist? Wenn wir auf § 6 der Paulus-Stelle blicken, so sehen wir, dass Paulus hier eine ganze Reihe von Fällen zufälligen Schadens aufzählt und den Mandanten in diesen Fällen von der Haftpflicht befreit. Auf diese Fälle werden wir später noch näher einzugehen haben; es fragt sich aber jetzt, ist nicht in den Worten: ‚Neratius ait mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur', die, wie aus den folgenden Worten: ‚quod si ego scissem' hervorgeht, vom Falle des Nichtwissens handeln, nicht doch eine gewisse Art der Haftung auch bei Unkenntniss der diebischen Natur des Sklaven ausgesprochen? Abgelehnt ist sie für alle Fälle dann, wenn der Mandatar in culpa ist, denn es wird eigens die Bedingung hinzugefügt: ‚si tamen sine culpa tua id acciderit'[12]). Aber für andere Fälle, also für Fälle des rein zufälligen Schadens? Bedeuten diese Worte da Haftung?

Wir glauben, ja! Paulus führt die Autorität des Neratius an, dessen Behauptung er zu der seinigen macht, und Neratius sagt: „Wenn dieser Sklave, den Du auf meinen Auftrag hin gekauft hast, (scil. ohne dass Du es gewusst hast) Dich bestohlen hat, so wirst Du mit der Actio mandati erlangen können, dass der Sklave Dir noxae dedirt wird" (‚Neratius ait mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur'). Gut, sagen hier alle Schriftsteller: Dieser Umstand, dass der Mandatar die Noxae datio des Sklaven, der ihn bestohlen hat, verlangen kann, bedeutet keine Haftung aus dem Contract; denn die Verpflichtung zur Noxae datio ist, wie Dernburg in seinem „Römischen Pfandrecht[13]) sagt: „eine Verpflichtung, die der Bürger dem Bürger unabhängig von jedem Vertragsverhältniss schuldet." Auch dem Umstand, dass Paulus hier ausdrücklich sagt, der Mandatar könne hier die Noxae datio nicht etwa

[12]) Darüber siehe auch das in Kapitel II § 6 Gesagte. Abgelehnt ist in diesem Falle natürlich nicht die Noxae datio, sondern nur ihre Verfolgbarkeit mit der Actio contraria.

[13]) Dernburg, Römisches Pfandrecht, S. 165.

mit der Actio noxalis, sondern mit der Actio contraria, also mit der Contractsgegenklage fordern, legen Alle kein Gewicht bei. Dernburg sagt, wie bereits oben gezeigt[14]), dies geschehe lediglich aus Utilität und Bequemlichkeit des Klägers; Koppel schliesst sich dem an, indem er ausführt[15]): „Wenn Paulus sagt, der Mandatar könne, wofern der Mandant die diebische Natur des Sklaven nicht gekannt hat, mit der Actio mandati contrario die Noxae datio des Sklaven verlangen, so heisst dies doch mit anderen Worten, der Mandant haftet nicht oder doch wenigstens nicht in seiner Eigenschaft als Mandant u. s. w. Schirmer[16]) meint, für das justinianische Recht sei diese Differenz, ob mit Actio noxalis oder Actio contraria geklagt werden könne, nur von untergeordneter praktischer Bedeutung, da dieselbe hauptsächlich in der verschiedenen formalen Gestalt der Klagen hervortrete.

Wir glauben aber nicht, dass es sich hier nur um einen formellen Gegensatz handelt. Ihering thut einmal bei einer anderen Gelegenheit in seiner bereits oben genannten Abhandlung über die Culpa in contrahendo[17]) den wichtigen Ausspruch: „Der Name der Klage ist im Munde der römischen Juristen bekanntlich nicht ein blosser Name oder etwas bloss processualisch Bedeutungsvolles, sondern der Ausdruck der materiellrechtlichen Natur des unterliegenden Verhältnisses.“ So folgert Ihering in dem Falle, bei dessen Gelegenheit er diese Worte spricht, das Zugeständniss der Actio emti in jenem Falle bedeute „in die Sprache des materiellen Rechts übersetzt soviel als: der Anspruch auf Schadensersatz stützt sich auf eine contractliche Verbindlichkeit.“ — Diese Worte Ihering's sind hochwichtig, und genau so, wie er in seinem Falle thut, genau so thun wir in dem unsrigen. Der Umstand, dass Paulus sagt: die Noxae datio könne hier mit der Actio mandati contraria verlangt werden, bedeutet für uns „in die Sprache des materiellen Rechts übersetzt“ soviel als: der Anspruch des Mandatars auf Noxae datio stützt sich auf eine contractliche Verbindlichkeit! Paulus ist sich selbst dieser Tragweite seiner Worte voll bewusst, denn auf seine Autorität sich nicht allein verlassend citirt er auch noch die Autorität des Neratius, nicht um, wie Faber spottet[18]), zu beweisen, dass der Mandatar die Noxae datio des Sklaven verlangen kann, sondern um zu beweisen, dass er dies mit der Actio mandati contraria verlangen kann, um zu beweisen, dass der Mandant hier nicht nur nach allgemeinen

[14]) Vgl. Kapitel II § 2 S. 24.
[15]) Koppel a. a. O. § 5 S. 16.
[16]) Schirmer a. a. O. S. 78.
[17]) Ihering a. a. O. S. 28.
[18]) Siehe oben Kapitel II § 6 S. 43.

civilrechtlichen Grundsätzen haftet, sondern aus dem Contract! Faber findet es, wie bereits oben dargelegt, sonderbar, dass Paulus überhaupt die Frage aufwerfen kann, ob der Mandatar Noxae datio verlangen könne; aber gerade, dass er eine Frage stellt, beweist uns — da ja, wie Faber richtig bemerkt, dies nicht zweifelhaft sein kann —, dass er nicht dies fragt, sondern ob diese Noxae datio mit der Actio contraria verlangt werden könne. Wohl ist der Herr nach allgemeinen civilrechtlichen Gründen verpflichtet, für die Delikte seiner Sklaven einzustehen[19]), ja sogar haftet er principal erst mit der Noxae datio des betreffenden Sklaven, und erst in zweiter Linie so, dass er auch den vollen Schaden ersetzen kann, statt den Sklaven hinzugeben[20]); trotzdem aber muss man sagen, dass er aus dem Contract haftet, wenn der Mandatar diese Noxae datio mit der Actio contraria einklagen kann. Man darf doch auch nicht vergessen, dass wir es hier nicht nur mit einem concreten Fall zu thun haben, wie einige Schriftsteller glauben[21]), der für uns keine Bedeutung mehr habe, weil bei uns die Sklaverei mit ihren Folgen weggefallen, sondern, wie Koppel richtig bemerkt, mit einem Fall, „an dem eine Regel exemplificirt wird". Und dies wird Paulus selbst bedacht und deshalb nachdrücklich durch die Behauptung, dass hier Noxae datio mit der Contractsklage verlangt werden könne, haben zeigen wollen, dass er hier über den concreten Fall hinaus generell Haftung des Mandanten construiren wolle. Und die praktischen Folgen, die sich für den concreten Fall aus dieser Entscheidung ergeben, sind keineswegs gering anzuschlagen; man vergleiche zum Beispiel die l. 45 § 1 D. 19, 2, die ebenfalls von Paulus

[19]) Dafür vgl. Zimmern, System der römischen Noxalklagen; v. Wyss, Haftung für fremde Culpa nach römischem Recht; Waentig, Haftung für fremde unerlaubte Handlungen; Girard, Les actions noxales, in der Nouvelle Revue historique.

[20]) Dafür siehe insbesondere Zimmern a. a. O.: das Eigenthum (der Sklave) fügt Schaden zu: der Herr haftet für sein Eigenthum, er muss es also hergeben, oder kann sich durch Ersatz des angerichteten Schadens von dieser Pflicht befreien. Zimmern erklärt ausdrücklich S. 38: „keineswegs ist ersteres (scil. Noxae datio) als besondere Begünstigung zu betrachten". Dagegen sprechen allerdings Aussprüche der Quellen, wie § 2 J. IV, 8; l. 2 pr. D. h. t.; Gaius IV, 75. Auch Girard a. a. O. sieht in der Verpflichtung zur Noxae datio die ursprüngliche Form. Zu bemerken ist übrigens noch, dass Girard eine sehr originelle Erklärung für den Grund giebt, warum der Herr sich auch durch Ersatz des Schadens befreien kann: er sieht darin die Umwandlung der Selbsthülfe (vengeance privée), die den Sklaven zu persönlicher Rache an ihm forderte, in den Rechtsstaat, der auf dieses Recht zu verzichten zwingt, wenn sich der Herr des Sklaven bereit erklärt, den Schaden zu ersetzen.

[21]) Siehe bei Koppel a. a. O. § 5 S. 15.

herrührt, und in der er die Frage aufwirft, ob hier der Miether, wenn er im gleichen Falle ist, also vom gemietheten Sklaven bestohlen wurde, mit der Actio conducti durchdringen könne, und dann entscheidet, dass dieselbe hier nicht ausreiche, dass es hier also einer ganz besonderen Rechtsverfolgung bedarf[22]) (‚an adhuc dicendum sit extra causam conductionis esse furti crimen et in propriam persecutionem cadere hoc delictum: quod magis est'). Die praktischen Folgen einer solchen besonderen Rechtsverfolgung hat Dernburg, der sonst, wie gezeigt, unsere Ansicht nicht theilt, in seinem „Pfandrecht" aufgezählt[23]); abgesehen davon, was er nicht erwähnt, dass es in diesem Falle der Anstellung einer ganz neuen Klage bedarf, kann der Mandatar zum Beispiel, der mit der Actio contraria die Noxae datio verlangen kann, sein Retentionsrecht an dem Sklaven ausüben und so seine Forderung sichern, während dies dem Miether versagt ist.

Noch sei übrigens bemerkt, dass für den Verpfänder im Falle des Nichtwissens von Africanus ebenso wie von Paulus im § 1 der Africanus-Stelle principiell Haftung statuirt wird, da auch hier ausdrücklich gesagt ist, dass der bestohlene Pfandgläubiger mit der Actio contraria Noxae datio oder Ersatz des Schadens verlangen kann (‚agendo contraria pigneraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditione hominem relinquas'). Für das Commodat dagegen wird dies von Paulus in der l. 22 D. 13, 6 abgelehnt.

Wir sehen also, wenn wir das gewonnene Resultat überblicken, dass Paulus, wie Africanus, den Mandanten auch im Falle des Nichtwissens, also auch für den Fall des zufälligen Schadens, generell haften lässt. Nur die eine Frage ist dabei zu beantworten: müssen wir in dem Umstande, dass Paulus den Mandanten nur bis zum Belaufe der Noxae datio haften lässt, eine Begünstigung des Mandanten sehen und also annehmen, dass Paulus den Mandanten für zufälligen Schaden nur limitirt haften lasse?

[22]) Der Umstand übrigens, dass Paulus auch hier wieder eingehend diese Frage untersucht, zeigt uns, dass er sich ihrer Tragweite voll bewusst ist, und dass wir auf seine Entscheidung als auf eine gründlich erwogene grosses Gewicht legen dürfen.

[23]) Dernburg a. a. O. S. 165. Gegen diese Ansicht Dernburg's, die wir theilen, polemisirt Mommsen, Erörterungen S. 27 Anm. 2. Die wenigen Gründe, die er dagegen anführt, sind indess nicht stichhaltig. Er behauptet, bei den anderen Klagen aus bonae fidei Contracten hätten die Römer die Contractsklagen in solchen Fällen zugelassen. Dieser Behauptung widerspricht aber die Entscheidung des Paulus in der l. 22 D. 13, 6 für das Commodat.

Wir sind dieser Ansicht nicht. Allerdings werden wir zugeben müssen, dass in der Ermässigung der Haftung des Mandanten vom vollen Schaden herab bis zur Befreiung vom vollen Ersatze durch Hingabe des betreffenden Sklaven ein Beneficium liegt[24]). Wenn auch, wie wir oben gezeigt haben, innerhalb der Gesetze, die die Haftung des Herrn für die Delicte seines Sklaven bestimmen, die Verpflichtung zur Noxae datio keine Begünstigung bedeutet, da sie vielmehr das Principale ist, womit der Herr für seinen Sklaven haftet, so bedeutet sie doch innerhalb der Contractsregeln eine Begünstigung, denn da ist, wenn bestimmt wird, es haftet Jemand für Schaden, immer gemeint, er haftet für den Ersatz des vollen und ganzen Schadens. Allein wir haben hier den Fall, dass die Contractsregeln von einem gewaltigen und allgemein zwingenden, gleichsam öffentlich-rechtliche Geltung besitzenden Satze, wie es die Regeln der Haftung des Herrn für seinen Sklaven ja waren, durchbrochen werden und hier statt ihrer in Geltung treten. Es liegt eben hier ein Ius cogens vor, das überall eintritt und die gewöhnlichen Regeln sowohl wie die Parteiabmachungen beseitigt. Wenn zum Beispiel der Mandatar für den Mandanten einen Sklaven kauft und dieser ihn bestiehlt, so haftet der Mandant einfach nach den und den Regeln, weil es sich hier um das Delict eines Sklaven handelt, wo die ganz bestimmten Haftungsgrundsätze des Herrn für seinen Sklaven ohne Rücksicht auf die gewöhnlichen Haftungsregeln Platz greifen. Nicht lediglich „Billigkeitsrücksichten“ scheinen es also zu sein, die, wie Schirmer meint[25]), die Beschränkung des klägerischen Anspruchs auf die noxale Hingabe des Sklaven bewirkt haben, sondern Rücksichten des öffentlichen Rechts, das im Interesse der Oeffentlichkeit ein für allemal die Haftung des Herrn für seinen Sklaven regelt — denn bei dem zahlreichen Sklavenbestand der Römer, der wahrlich nicht aus den allerbesten Elementen zusammengesetzt war, war es dringend nothwendig, dass die Entschädigung für die wohl auch nicht gerade spärliche Zahl ihrer Delicte ein für allemal festgesetzt war. Wenn dagegen wirklicher Dolus oder Culpa vorlag, dann allerdings traten die allgemeinen Regeln ein, welche Haftung über Noxae datio hinaus verlangen. Wir haben also hier nicht etwa die allgemeine Regel limitirter Haftung dargestellt, sondern nur die allgemeine Regel voller Haftung mit den Besonderheiten eines concreten Falles! Aehnliche Beneficia bei sonst unbedingter Haftung waren

[24]) Das beweisen schlagend die oben citirten Aussprüche der Quellen, auf die es uns hier vor Allem ankommt.

[25]) Schirmer a. a. O. S. 78.

ja im römischen Recht nichts Seltenes; so haftet der Publicanus unbedingt für die Delicte seiner Leute; hat aber ein Sklave das Delict begangen, so haftet der Zollpächter nur bis zur Noxae datio, wenn er den Sklaven sofort stellt[26]).

Wir haben also gesehen, dass Paulus ebenso wie Africanus sagt: der Mandant haftet dem Mandatar für Schaden, welcher diesem bei der Ausführung seines Auftrags erwächst, sowohl wenn er in culpa ist, als wenn der Schaden bloss zufälliger Natur ist. Nun macht aber Paulus eine Beschränkung im § 6 seiner Stelle, die wir schon oben angedeutet haben. Dieser § 6, der dem oben besprochenen Paragraphen vorhergeht, lautet: ‚Non omnia, quae impensurus non fuit mandator, imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque apprehensus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet.' Dies sind die Fälle, die Paulus von der Haftpflicht des Mandanten ausnimmt. Das dann den folgenden Paragraphen beginnende ‚sed' zeigt, dass nunmehr diejenigen Fälle des zufälligen Schadens kommen, in denen der Mandant „dagegen" haften soll.

Worauf beruht nun aber der grosse Gegensatz zwischen diesen Fällen und demjenigen, von dem im § 7 die Rede ist, dass Paulus in jenen die Haftpflicht des Mandanten ausschliesst, in diesem sie dagegen statuirt? Beides sind Fälle zufälligen Schadens, bei denen ausdrücklich vorausgesetzt ist, dass weder eine Culpa des Mandanten noch eine solche des Mandatars vorliegt. Aber zwischen beiden Fällen ist doch ein grosser Unterschied, den Paulus selbst in den Worten ausdrückt: ‚nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet.' Unserer Ansicht nach ist der Ton in diesen Worten hauptsächlich auf das magis zu legen: Jene im § 6 aufgezählten Fälle zufälligen Schadens sind solche, die mehr mit dem Zufall, dieser, der in § 7 genannt ist, einer, der mehr mit dem Mandat zusammenhängt. Letzterer ist auch ein zufälliger Schaden, aber er hängt nothwendig mit dem Inhalt des Auftrags[27]) zusammen, ist nothwendig durch ihn bedingt, ist eine unvorhergesehene Folge desselben; jene aber sind rein zufällige Ereignisse, die absolut nicht durch das Mandat beeinflusst sind, die gar nichts mit ihm zu thun haben, die in gar keiner nothwendigen Beziehung zu seinem Inhalte stehen. Wenn das Mandat dahin lautet, einen bestimmten Sklaven anzukaufen, und dieser Sklave bestiehlt den Mandatar, so hängt der

[26]) Darüber vgl.: Windscheid, Pandekten, Bd. 2 § 454 S. 638 Anm. 15.

[27]) Diesen Theil der Theorie Mommsen's können wir anerkennen, nicht aber seine andere Unterscheidung!

Schaden doch nothwendig mit dem Inhalte des Mandats zusammen; es ist ein im Auftrag selbst liegendes Moment, das den Schaden herbeiführt, denn es ist der den Gegenstand des Auftrags selbst bildende Sklave, der den Mandatar bestiehlt. Wenn dagegen, wie in den in § 6 genannten Fällen, der Mandatar, vorausgesetzt natürlich, dass er in eine Gegend von durchschnittlicher Sicherheit geschickt ist (denn sonst lautete der Auftrag ja, aus räuberischer Gegend einen Sklaven zu holen, und dann wäre der Schaden eben durch ein Moment, das im Auftrage selbst lag, entstanden, also dem Mandatar zu ersetzen), von Räubern beraubt wird oder in einem Schiffbruch seine Habe verliert oder wegen Erschöpfung, die ihn oder die Seinen befallen, Ausgaben gemacht hat, so sind dies Verluste, die ihn durchaus nicht im Zusammenhange mit einem nothwendigen Momente des Auftrags, Verluste, die ihn nicht aus dessen Inhalt heraus treffen; sein Auftrag lautet, aus einer Gegend von durchschnittlicher Sicherheit auf nicht näher bezeichnetem Wege irgend einen nicht näher bestimmten Sklaven zu holen; wird er nun beraubt, so ist dieser Schaden durch ein Ereigniss entstanden, das nicht mit einem im Innern des Auftrages selbst liegenden Momente zusammenhängt: denn wenn Jemand den Auftrag erhält, einen gar nicht näher bezeichneten Sklaven aus einer sicheren Gegend zu holen, wobei ihm die Wahl des einzuschlagenden Weges wie die Individualisirung des zu beschaffenden Objectes freigestellt ist, so ist doch an und für sich noch nicht ein einziges Moment in diesem Auftrage gegeben, das in ursächlichem Zusammenhang mit einer Beraubung steht, wie der Diebstahl dann, wenn gerade der Sklave stiehlt, den der Mandatar ankauft, um seinen auf Anschaffung eines Sklaven lautenden Auftrag auszuführen, oder der Unglücksfall in einer dabei zu durchreisenden unsicheren Gegend eintritt!

Das ist also die Unterscheidung, die Paulus macht; nicht, wie Mommsen unabhängig von dieser Stelle meint, zwischen Inhalt des Mandats und so oder anders möglicher Ausführung desselben, sondern zwischen Inhalt und Nichtinhalt[28])!

[28]) Allerdings giebt es manche Fälle, in denen unsere Theorie dieselbe Entscheidung trifft, wie die Mommsen'sche; allein es giebt auch zahlreiche andere Fälle, in denen der Schaden den Mandatar aus dem Inhalte des Mandats heraus betroffen hat — er also nach unserer Theorie Ersatz bekommt — und er dennoch auch auf andere Weise den Auftrag hätte ausführen können — er also nach Mommsen keinen Ersatz bekommt; oder Fälle, in denen der Mandatar von dem Schaden nicht aus dem Inhalte des Mandats heraus betroffen wurde — er nach unserer Ansicht also nicht entschädigt wird —, er den Auftrag aber doch nur auf diese eine Weise ausführen konnte — wo er also nach Mommsen entschädigt wird. Es entscheidet also die Mommsen'sche Theorie nur einen Theil

Bevor wir nun die aus der Betrachtung der Africanus- und der Paulus-Stelle gewonnenen Resultate zusammenfassen und die allgemeinen Regeln für die Haftung des Mandanten darstellen, müssen wir erst noch einen Augenblick bei dem Widerspruch verweilen, den man zwischen der l. 62 D. 47, 2 (unserer Africanus-Stelle κατ' ἐξοχήν und der l. 31 D. 13, 7, die ebenfalls von Africanus herrührt, gefunden haben will. In dieser letzten Stelle[29]) sagt Africanus nämlich, dass, wenn der dem Gläubiger verpfändete Sklave diesen bestiehlt, ohne dass der verpfändende Schuldner um seine diebische Natur wusste (wie aus dem Gegensatze zum Folgenden hervorgeht), es dem Schuldner freistände, den Sklaven noxae zu dediren (‚liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere'); wenn der Schuldner aber um die diebische Natur des Sklaven gewusst habe, so habe der Gläubiger, auch wenn der Schuldner bereit sei, ihn noxae zu dediren, trotzdem die Actio pigneraticia, um Schadensersatz zu verlangen (‚nihilo minus habiturum me pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet'). Dasselbe, fügt Africanus, indem er die Meinung des Julianus citirt, hinzu, gelte auch für den deponirten oder commodirten Sklaven (‚eadem servanda esse Julianus ait etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat').

Hierin hat man nun einen Widerspruch mit der Entscheidung des Africanus in der anderen Stelle gesehen, den am vollständigsten Mommsen[30]) und Koppel[31]) zum Ausdruck bringen. Denn hier entscheide Africanus, wie aus der Hinzufügung in den letzten Worten der Stelle hervorgeht, dass der Deponent bei zufälligem Schaden nur bis zur Noxae datio, also nach Koppel's oben dargestellter Ansicht gar nicht hafte, während er in der anderen Stelle sich für die Haftung entschieden habe. Da ausserdem in der l. 62 D. de furtis Africanus das Mandat dem Depositum gleichgestellt habe, so gehe aus der oben besprochenen l. 31 D. 13, 7 hervor, dass Africanus hier ebenfalls die Haftung des Mandanten für zufälligen Schaden im Ge-

der Fälle mit der unsrigen übereinstimmend; einen grossen Theil von Fällen bringt sie aber überhaupt mit ihrer Eintheilung garnicht unter, hinsichtlich deren wir auf § 5 des II. Kapitels verweisen, wo wir die Mommsen'sche Theorie ja eingehend gewürdigt haben.

[29]) Wir setzen sie dem genauen Wortlaut nach hierher: „. . . Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere: quod si sciens furem pignori mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet. eadem servanda esse Julianus ait etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat'.

[30]) Mommsen a. a. O. S. 70.

[31]) Koppel a. a. O. § 10 S. 27.

gensatze zu der anderen Stelle ablehne. Um diesen Widerspruch zu beseitigen, führen Mommsen und Koppel zwei Argumente an: einmal, es handle sich bei der Hinzufügung des Depositums in der l. 31 nur um eine gelegentliche Bemerkung, und dann könne man annehmen, das ‚eadem servanda esse Julianus ait etc.' beziehe sich nur auf den letzten Theil der Stelle, auf den Fall des Dolus, so dass Africanus ganz allein für diesen Fall die Gleichstellung des Depositums mit der Verpfändung habe aussprechen wollen.

Beide Argumente, wird man zugeben, sind nicht sehr stichhaltig. Was unsere Ansicht betrifft, so vermögen wir einen Widerspruch zwischen diesen beiden Stellen nicht zu entdecken. Wir halten allerdings, wie wir bereits oben bei der Besprechung der Entscheidung, die Africanus für das Commodat giebt, ausgesprochen haben, diese Anfügung des Commodats nur für eine gelegentliche Bemerkung; der Anfügung des Depositums möchten wir aber etwas mehr Bedeutung beilegen. Bei der Anfügung des Commodats, das er ja auch in der l. 62 nur nebensächlich und kurz behandelt, mag Africanus sehr leicht seine dort gegebene singuläre Entscheidung augenblicklich nicht gegenwärtig gewesen sein; bei der Anfügung des Depositums aber, das er ja in dem langen § 5 ausführlich behandelt hat, müssen wir doch auf etwas mehr Erinnerung an die anderwärts gegebene Entscheidung schliessen. Und da ist uns die l. 31 sehr interessant. Africanus hat bereits einmal denselben Fall der Verpfändung behandelt, nämlich im § 1 der l. 62, und dort entschieden, dass der Verpfänder für zufälligen Schaden, denn das heisst ja das Nichtwissen, aus dem Contract haftet, denn er hat dort bestimmt, dass der Pfandgläubiger mit der Actio contraria die Noxae datio verlangen kann (‚agendo contraria pigneraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditione hominem relinquas'), und dies bedeutet nach unserer obigen Darlegung unzweifelhaft Haftung aus dem Contract! Hier nun, in der l. 31, sagt er, bei zufälligem Schaden stehe es dem Schuldner frei, den Sklaven noxae zu dediren. Heisst das nun irgend etwas Anderes, als was er dort gesagt? Es steht ihm frei, den Sklaven nur noxae zu dediren, statt, wie aus dem Gegensatze zum Folgenden hervorgeht, den ganzen Schaden zu ersetzen! ‚Liberum est debitori' — der verpfändende Schuldner hat hier die Vergünstigung, nur bis zum Belaufe der Noxae datio zu haften — ganz dasselbe, was Africanus im § 1 der l. 62 sagt, ganz dasselbe, was wir in längerer Auseinandersetzung dargelegt und für volle Haftung aus dem Contract mit den Besonderheiten des concreten Falles, nämlich der bestimmten Begünstigung, die ja auch das liberum est deutlich ausdrückt, erkannt

haben! Dass Africanus hier nicht ausdrücklich sagt, dass diese Noxae datio mit der Actio contraria verlangt werden könne, beweist doch nicht, dass er dies als ausgeschlossen erachte, besonders wenn wir den § 1 der l. 62 dagegen halten! Ja das für den Dolus-Fall nachfolgende ‚habiturum pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet', sagt, wenn wir den Ton auf die letzten Worte legen, durch den Gegensatz geradezu: hier (beim Dolus des Verpfänders) habe ich die Actio contraria auf vollen Schadensersatz — dort, im Nicht-Dolus-Falle, habe ich sie auf Noxae datio! Und das ‚nihilo minus' ‚habiturum me pigneraticiam actionem' bekräftigt dies, denn es besagt doch in seiner starken Anführung beabsichtigt: Wenn auch der Schuldner hier, im Dolus-Falle, nur noxae dediren will, so habe ich nihilo minus die Actio pigneraticia auf vollen Schadensersatz gehend! Meine Actio pigneraticia geht nihilo minus auf vollen Schadenersatz, denn hier steht meiner Actio pigneraticia, wenn sie auf vollen Schadensersatz geht, nicht das ‚liberum est', nicht das beneficium des Schuldners gegenüber, das im anderen Falle bewirkt, dass sie nur die Noxae datio erreichen kann!

So besagt also die l. 31 D. 13, 7 des Africanus ebenso wie der § 1 der l. 62 de furtis, dass der Verpfänder für zufälligen Schaden aus dem Contracte haftet. Fügte Africanus in der l. 31 nun hinzu, dass dieselben in dieser Lex entwickelten Regeln auch für das Depositum und also auch für das Mandat gälten, so widerspricht er sich durchaus nicht, denn er hat ja auch für Depositum und Mandat in der l. 62 de furtis Haftung für zufälligen Schaden statuirt! Und — deswegen haben wir uns so ausführlich mit der l. 31 beschäftigt — diese Lex zeigt uns die Specialisirung der generellen Entscheidung, die Africanus in der l. 62 gegeben hat, und zeigt uns das Wunderbare, dass diese Specialisirung genau mit der des Paulus in dem § 7 der Paulus-Stelle übereinstimmt! In der l. 62 sagt Africanus nur allgemein: der Mandant (und Deponent) soll auch für Zufall haften; in der l. 31 sagt er (indirect natürlich): in dem concreten Falle, von dem ich rede, dem Falle des Sklavendiebstahls, soll dem Mandanten aber das Beneficium zur Seite stehen, nur bis zur Noxae datio zu haften. Dies hat Africanus in der l. 62 bereits entfernt angedeutet; denn während er im Falle des Wissens dort gesagt hat, der Mandant müsse omni modo damnum praestare, spricht er im Falle des Nichtwissens nur noch vom damnum im Allgemeinen, ohne Zusatz, den der Mandant decidere cogatur. Denn das letztere damnum ist in dem concreten Falle, von dem Africanus spricht, nicht mehr das Damnum omni modo, nicht mehr der volle Ersatz, sondern nur noch das Damnum schlechthin, das herabgesetzt ist bis zum Belaufe der

Noxae datio. Ganz so wie Africanus hat ja aber auch Paulus den concreten Fall, um den es sich handelt, entschieden, und wir sehen hier eine herrliche Uebereinstimmung. Beide Stellen widersprechen sich nicht, wie man behauptet hat, sondern greifen in der schönsten Harmonie ineinander!

§ 2. Die Regeln, nach denen der Mandant für Schaden haftet, der dem Mandatar bei der Ausführung seines Auftrages erwächst, sowie deren juristische Motivirung.

So haben wir also aus dem vorigen Paragraphen unserer Darstellung ersehen:

Africanus wie Paulus sagen: Der Mandant haftet:

a) wenn der Schaden, der den Mandatar trifft, durch seine Culpa entstanden ist;

b) auch wenn der Schaden ein zufälliger ist; nur im concreten Falle des Sklavendiebstahls ist diese letztere Haftung etwas gemindert. Africanus specialisirt hier nicht weiter; Paulus aber scheidet, wie wir gesehen haben, eine Anzahl von Fällen des zufälligen Schadens aus und entbindet den Mandanten von der Haftung für diese. Er lässt ihn nur für solche Fälle zufälligen Schadens haften, die auf den Inhalt des Mandats, auf ein inneres Moment desselben als seine Veranlassung zurückgeführt werden können; er schliesst seine Haftpflicht dagegen aus für solche Fälle zufälligen Schadens, die von aussen her, ohne mit einem inneren Momente des Auftrages zusammenzuhängen, eintreten. Fassen wir dieses aus den Quellen gewonnene Resultat nun in bestimmten Sätzen zusammen, so werden wir folgende Voraussetzungen oder Regeln für die Haftung des Mandanten gewinnen:

Vorausgesetzt, dass der Mandatar nicht in culpa ist, haftet der Mandant für Schaden, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrags erwächst:

A. a) wenn der Schaden durch seinen Dolus[1]), Culpa lata oder Culpa levis entstanden ist;

b) wenn der Schaden durch Zufall entstanden ist, sofern dieser Zufall auf ein inneres Moment des Auftrags als seine Veranlassung mit Bestimmtheit zurückgeführt werden kann[2]).

[1]) Es ist klar, dass in diesem einen Falle, wo der Mandant dolose gehandelt hat, die eben erwähnte Voraussetzung nicht vorhanden zu sein braucht, denn: ‚dolus culpa peior est'!

[2]) Was die Praxis anbelangt, so finden wir eine ganz ähnliche Unterscheidung im 14. Bande der Entscheidungen des Reichs-Ober-Handelsgerichts, 1875,

B. Er ist dagegen von der Haftung befreit:
   a) wenn der zufällige Schaden ein anderer als von der unter A. b) genannten Art ist;
   b) wenn der Schaden durch eigene Culpa des Mandatars entstanden ist.

Dies sind die positiven, aus den Quellen für das gemeine Recht sich ergebenden Regeln. Und wir möchten hier nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, dass Ihering's Theorie von der Haftung des Mandanten sich diesen Bestimmungen sehr nähert. Ihering unterschied bekanntlich die Haftung des Mandanten danach, ob der zufällige Schaden den Mandatar durch das aufgetragene Geschäft oder bloss bei Gelegenheit der Ausführung desselben getroffen[3]). Die Worte „durch das aufgetragene Geschäft" nun, meinen wir, bezeichnen denjenigen Schaden, der mit der Ausführung zusammenhängt, während das „bloss bei Gelegenheit der Ausführung" denjenigen Schaden begrenzt, der von aussen her, ganz unabhängig von einem Momente des Auftrags selbst, den Mandatar trifft, nur deswegen trifft, weil er überhaupt gerade einen Auftrag ausführt, unabhängig davon, dass derselbe gerade so oder so lautet. Wir glauben, dass, wenn wir von Ihering's Theorie statt jener wenigen Worte eine ausgeführte Darstellung besässen, wir die Freude hätten, unser Resultat durch dieselbe bestätigt zu finden — natürlich abgesehen von Ihering's juristischer Motivirung derselben durch eine Culpa in contrahendo. Auch Windscheid scheint der Ihering'schen Theorie zu huldigen und sich damit unserem Resultate sehr zu nähern, wenn er von einem Schaden redet, der den Beauftragten „bloss bei Gelegenheit des Auftrags trifft[4]).

Wir werden uns nun mit einer Casuistik zu den oben entwickelten Regeln nicht lange aufzuhalten haben, denn eine bessere, wie sie Paulus, dessen Beispiele trotz ihres beinahe zweitausendjährigen Alters noch heute wie ehemals zutreffen, darbietet, werden wir doch nicht zu geben vermögen! Was die Haftung des Mandanten für Culpa

S. 190 f., wo die Vortheile, die dem Mandanten aus dem Auftrage erwachsen, eingetheilt werden in solche, die „aus dem auszuführenden Geschäft" sich ergeben, das sind solche, „welche mit dem Auftrage selbst in Verbindung stehen, so dass sie als ein Ausfluss dessen Vollziehung zu betrachten sind", und solche, die „bei Gelegenheit der Geschäftsführung" erlangt sind, das sind solche, „die mit dem Auftrag in keiner Verbindung stehen". Erstere muss der Mandatar herausgeben, letztere verbleiben ihm. Also ganz analog, wie wir es für den Schaden festgestellt haben!

[3]) Ihering a. a. O. S. 37; vgl. oben II. Abschnitt Kapitel II § 4 S. 30.

[4]) Vgl. darüber oben II. Abschnitt II. Kapitel § 1 u. § 5 S. 16 Anm. 1 u. S. 38 f.

betrifft, so wird es hier immer streitige Fälle geben, in denen es zweifelhaft ist, ob hier noch Culpa des Mandanten vorliegt oder nicht; die Entscheidung dieser Fälle wird dem billigen Ermessen des Richters anheimgestellt werden müssen. Keinesfalls liegt aber, wie einige oben besprochene Schriftsteller geglaubt haben, auch nur der geringste Grund vor, den feststehenden Begriff der Diligentia diligentis patrisfamilias hier weiter auszudehnen, als bei anderen Contracten, und von dem Mandanten innerhalb desselben Grades der Culpa eine höhere Achtsamkeit zu verlangen. Dafür ist, wie wir gezeigt haben, nicht der geringste Anhaltspunkt in den Quellen gegeben. Was den zufälligen Schaden betrifft, so haben wir bereits oben bei der Besprechung der Paulus-Stelle die Unterscheidung, die innerhalb desselben zu machen ist, an Beispielen erläutert, und können hier darauf verweisen. Es kommt darauf an: ist der Schaden dadurch entstanden, dass der Auftrag gerade so lautete und gerade darauf gerichtet war — ist er also durch ein inneres, im Auftrag selbst liegendes Moment, zum Beispiel durch den Diebstahl gerade des Sklaven, den der Mandatar ankauft, um seinen auf Anschaffung eines Sklaven lautenden Auftrag auszuführen, entstanden, so haftet der Mandant. Es muss ein in dem Auftrage selbst liegendes, mit demselben innerlich zusammenhängendes Moment sein, welches denjenigen Vorgang in der Aussenwelt erregt, der die Schädigung des Mandatars bewirkt. Tritt der Zufall, der die Schädigung des Mandatars herbeiführt, dagegen ganz von aussen ein und trifft ihn nur „bei Gelegenheit des Auftrags", nämlich deswegen, weil er gerade einen, nicht aber gerade diesen bestimmten Auftrag ausführt — zum Beispiel, er wird beraubt in einer Gegend von durchschnittlicher Sicherheit oder von einem fremden Sklaven bestohlen — so haftet hier der Mandant nicht. Wird er dagegen beraubt, weil er in eine notorisch räuberische Gegend geschickt ist, so haftet hier der Mandant; denn hier lautete der Auftrag nicht einfach, einen Sklaven zu holen, sondern aus räuberischer Gegend einen Sklaven zu holen; hier ist es also ein im Auftrage selbst liegendes Moment, das die Schädigung des Mandatars herbeiführt. Aehnlich verhält es sich in dem Falle, wo Jemand, der so wie so gerade eine grosse Reise in eine gefährliche Gegend vorhat, etwa ein Afrikareisender, den Auftrag übernimmt, zugleich von dort irgend einen Gegenstand mitzubringen, und nun dort überfallen und beraubt wird: hier wird man den Mandanten nicht dafür haften lassen, ausser wenn der Mandatar nachweist, dass er gerade durch die Beschaffung jenes Gegenstandes Schaden erlitten; denn der Mandatar wäre hier ja auch ohne den speciellen Auftrag in jene Gegend gereist; der Auftrag lautete also schlechthin, jenen

Gegenstand zu besorgen; trifft den Mandatar also in jenem Lande ein Schaden, so hängt dieser nicht mit einem inneren Moment des Auftrags selbst zusammen! Ueberhaupt wird auch hier dem billigen Ermessen des Richters ein weiter Spielraum gelassen sein; immerhin bieten jene obigen Grundsätze des gemeinen Rechts eine feste Richtschnur in dem unendlich mannigfaltigen Gewirr der einzelnen Fälle. —

Was nun die allgemeine juristische Motivirung jener Regeln betrifft, so brauchen wir die Vorschrift, dass der Mandant für Culpa haftet, ja nicht näher zu begründen; über die allgemeine Haftung für Culpa haben wir ausserdem schon oben gehandelt[5]). Was die Haftung des Mandanten für Zufall im Allgemeinen betrifft, so motivirt Africanus dieselbe ausführlich im § 5 der Africanus-Stelle. Speciell für das Mandat sagt er, der Mandatar müsse deswegen auch für zufälligen Schaden haften, weil er mit vollem Recht anführen könne, er würde diesen Schaden ja gar nicht erlitten haben, wenn er das Mandat nicht übernommen hätte: ‚iustissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset'. Dann motivirt er diese Haftung auch ausführlicher für das Depositum[6]), und was er hierbei sagt, lässt sich gültig auch auf das Mandat anwenden: Es sei billig, dass Niemandem ein Freundschaftsdienst, den er nicht um seines eigenen Vortheils, sondern um desjenigen seines Mitcontrahenten willen übernommen habe, zum Schaden gereiche. Es ist, wie alle Schriftsteller, die unser Thema behandeln, betont haben, ein Gesetz der Billigkeit, das Africanus hier verficht, für das sich im Corpus iuris noch zahlreiche Stellen finden, die wir schon bei der Besprechung Ihering's und Mommsen's citirt und gewürdigt haben[7]). Dabei müssen wir immer unterscheiden zwischen solchen Stellen, die allgemein bestimmen, dass der Mandant für zufälligen Schaden haften soll — das sind diejenigen, die ihre Entscheidung eben nur allgemein geben —, und solchen, die sie specialisiren. Auch bei Schirmer finden sich einige wichtige Stellen, insbesondere die l. 12 §§ 13, 14, D. 17, 1, die besagt: ‚verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem (Auftraggeber) pertinere'. Allerdings handelt diese Stelle vom Mandatum qualificatum, dem Creditauftrag; aber durch Analogie wird man daraus auch

[5]) Vgl. II. Abschnitt I. Kapitel S. 14.

[6]) Warum übrigens Africanus sagt, beim Depositum trete das Erforderniss der Billigkeit, dass Niemand für seinen Freundschaftsdienst Schaden erleiden solle (‚idque evidentius in causa depositi apparere') deutlicher hervor, als beim Mandat, über diese Frage siehe Mommsen, Erörterungen, S. 69 Anm. 15.

[7]) Vgl. II. Abschnitt II. Kapitel §§ 4 u. 5, S. 31 speciell Anm. 3 u. S. 36.

auf das Mandat schliessen dürfen[8]). Den Hauptwerth legen alle Stellen, wie die des Africanus, darauf, dass es ein Freundschaftsdienst sei, den der Mandatar leiste, und dass er dafür nicht zu Schaden kommen dürfe. Und in der That fordert das Wesen des Mandats, wie wir es oben im § 3 der Einleitung kennen gelernt, einen solchen Grundsatz; denn wir sahen oben: einmal liegt das Mandat — zum Theil wenigstens — immer im Interesse des Mandanten, und dann, mag auch ein Honorar dafür ausgesetzt sein, so ist doch immer die Absicht, dem Mandanten einen Freundschaftsdienst zu erweisen, für den Mandatar ausschlaggebend. Wer sich aber in so uneigennütziger Weise die Besorgung fremder Geschäfte zur Pflicht macht, der muss auch billiger Weise den Schaden ersetzt bekommen, den er dabei erleidet. Denn er kann mit Recht, wie Africanus bemerkt, dem Mandanten gegenüber anführen: hätte ich diesen Freundschaftsdienst nicht übernommen, so wäre ich nicht zu Schaden gekommen! Und die Worte, mit denen Ulpian, unabhängig von jeder Culpa, wie Ihering glaubt, die Haftung des Verkäufers für heimliche Mängel der Sache motivirt: ‚neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate', lassen sich mutatis mutandis auch auf das Mandat anwenden! Dem Mandatar kann es einerlei sein, ob Fahrlässigkeit oder Unkenntniss des Mandanten ihm den Schaden bereitet hat! Aber der Mandant hat den Anstoss zum Vertrage gegeben; ihn trifft zwar keine Culpa in contrahendo, wie Ihering meint, wohl aber eine Culpa contrahendi, Culpa wohlweislich hier als Veranlassung verstanden, also soll er auch den Schaden tragen, den er mittelbar oder unmittelbar verursacht hat!

Andererseits wird man es doch gerecht finden, dass auch der Haftung des Mandanten gewisse Grenzen gesetzt sind, dass er für solchen zufälligen Schaden, der mit dem Auftrage in gar keiner inneren Verbindung steht, nicht zu haften hat, sondern dass diesen Schaden der Mandatar selbst tragen muss. Die Römer legten bei der Abgrenzung der Haftpflicht immer grossen Werth darauf: war derjenige, der die Verrichtung eines Geschäfts übernimmt, zur Verrichtung dieses Geschäfts gezwungen, oder that er es freiwillig?

[8]) Die Stelle dagegen, die Schirmer aus den Institutionen anführt, nämlich § 6 J. mand. III, 26, beweist durchaus nicht, wie Schirmer meint, unsere Regel; denn das ‚obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset', bezieht sich, wie aus dem, was in demselben Paragraphen vorhergeht, ersichtlich ist, darauf, ob in dem und dem Falle überhaupt ein rechtsgültiges Mandat und nicht vielmehr bloss ein mandatum tua gratia zu Stande komme, ganz und garnicht aber auf die Haftungsverhältnisse innerhalb des Mandats.

Im ersteren Falle milderten sie die Haftung; so zum Beispiel haftet der Vormund, weil er zur Uebernahme seines Amtes durch Bürgerpflicht gezwungen ist, nur für Culpa in concreto (nur für diligentia quam suis rebus adhibere solet); im letzteren Falle dehnten sie die Haftung auf omnis Culpa, also auf die volle Diligentia diligentis patrisfamilias aus, da sie dabei folgerten: er hätte das Geschäft ja nicht zu übernehmen brauchen; hat er es aber einmal übernommen, so soll er es auch ordentlich ausführen und für omnis Culpa haften. Das ist der Gesichtspunkt, aus dem heraus die Uebernahme desjenigen Schadens, der nicht direct mit dem Auftrage zusammenhängt, durch den Mandatar gerechtfertigt erscheint. Er war ja nicht gezwungen, den Auftrag zu übernehmen — wäre er dies gewesen, so ständen ihm andere Rechtsmittel zu Gebote —; hat er ihn also übernommen, so muss er eben auch für einen Theil der etwaigen nachtheiligen Folgen desselben einstehen! Das ist nicht mehr wie recht und billig, ebenso billig, als dass der Mandant denjenigen Schaden trägt, der eine Folge seines Auftrags ist! —

§ 3. Materieller Gegenstand der Haftung des Mandanten.

Wie gross, wird man nun fragen müssen, ist der materielle Umfang dessen, was der Mandant dem Mandatar in den Fällen, in denen er diesem für Schaden haftet, zu ersetzen schuldig ist?

Ihering, von dem bekanntlich der ganze in seiner „Culpa in contrahendo“ zum ersten Male dargelegte Unterschied zwischen positivem und negativem Vertragsinteresse herrührt, giebt auf Seite 21 dieser Abhandlung als Gegenstand dessen, was der Mandant dem Mandatar erstatten muss, abgesehen von dessen etwaigem Anspruch auf Provision, das negative Vertragsinteresse desselben an, das heisst also, nach Ihering's eigenen Worten[1]), das Interesse, das dieser „am Nichtabschluss des Contracts hat;“ der Mandatar soll erhalten, „was er haben würde, wenn die äussere Thatsache des Vertragsabschlusses gar nicht vorgekommen wäre.“ — Dass Ihering hierbei nur an den oben berührten Fall denkt, wo durch wesentlichen Irrthum gar kein Vertrag zu Stande kommt, ändert nichts an der Gültigkeit dieser Worte für unseren Fall.

Gegen diese Behauptung Ihering's wendet sich nun Mommsen, theils in seiner bereits öfter berührten Abhandlung: „Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen“[2]) im zweiten Band der „Erörterungen aus dem Obligationen-

[1]) Ihering a. a. O. S. 16.
[2]) a. a. O. S. 66—68.

recht", theils in der Abhandlung „Die Lehre von dem Interesse"[3]), im zweiten Band der „Beiträge zum Obligationenrecht". Er weist in beiden oben citirten Abhandlungen nach, die Klage auf Erstattung der Impensen könne man keineswegs immer als eine Klage auf das negative Interesse betrachten; negatives Interesse und Ersatz der Impensen seien keineswegs identisch; die Interessenforderung gehe auf Zurückerstattung alles dessen, was der Berechtigte jetzt haben würde, wenn eine bestimmte Thatsache (scil. der Vertragsabschluss) nicht eingetreten wäre, die Impensenforderung dagegen gehe auf Ersatz des Vermögenswerthes, den der in Beziehung auf die Verwendungen Berechtigte für den Verpflichteten in der Vergangenheit thatsächlich aufgeopfert habe. Die Interessenforderung gehe also auf Ersatz des jetzt zur Zeit für den Mandatar existirenden Schadens, die Impensenforderung nur auf den Ersatz des vergangenen Schadens in der Höhe desjenigen Werthes, den die aufgewendeten Sachen damals, zur Zeit, da der Mandatar sie einbüsste, besassen, ohne dass zum Beispiel, wie Mommsen sagt, eine später eingetretene Preissteigerung dem Mandatar zu Gute komme. Was die Quellen betrifft, so meint er, in der Paulus-Stelle werde im § 6 die Erstattung des Schadens auf gleiche Linie mit der Erstattung der Impensen gestellt[4]); im § 7 dagegen, im Falle des Dolus, werde das (negative) Interesse als Gegenstand der Erstattung bezeichnet[5]). Doch sei auf die Stelle kein allzu grosses Gewicht zu legen, da es dabei nicht die Absicht des Paulus gewesen sei, den etwaigen Gegenstand der Actio mandati contraria in dieser Stelle genau zu bestimmen[6]). Die Africanus-Stelle komme gar nicht in Betracht, da sie nur in ganz unbestimmten Worten von der Erstattung des Schadens rede.

Bei diesem Schweigen der Quellen ist es sehr schwer, in der vorliegenden Frage Stellung zu nehmen. Man wird nach Mommsen's Ausführungen zugeben müssen, dass zwischen der Impensenforderung und der Interessenforderung ein Unterschied besteht; erstere geht nur auf Ersatz der vom Mandatar gemachten Aufwendungen in der Höhe ihres damaligen Werthes; letztere auf den Ersatz desselben einschliesslich des Schadens, den der Mandatar dadurch erlitten, dass er die bei der Ausführung des Auftrags eingebüssten Gegenstände, zum Beispiel das durch Beraubung verlorene Geld, bis heute entbehren musste. In der Anmerkung 11 auf Seite 66 der erstge-

[3]) a. a. O. S. 36 ff.

[4]) ‚Non omnia, quae impensurus non fuit, mandatori imputabit'.

[5]) ‚tunc quanti tua intersit tantum tibi praestari oportet'.

[6]) Wir halten dies für richtig; der Ausdruck impensae kann ebenfalls Beides besagen, das Eine so gut wie das Andere.

nannten Abhandlung[7]) führt Mommsen treffend aus, negatives Interesse und Impensen werden manchmal gleich, manchmal werde das Eine grösser sein als das Andere. Da die Quellen, wie gesagt, schweigen, so wird hier aus dem allgemeinen beim Mandat geltenden Grundsatze der Billigkeit zu interpretiren sein, und da möchten wir mehr zu der Ihering'schen Ansicht hinneigen, der Mandatar könne das negative Interesse fordern. Denn, wenn es heisst, der Mandant solle dem Mandatar den bei der Ausführung des Mandats erlittenen Schaden ersetzen, so verlangt die Billigkeit, dass der Mandatar auch allen direct wie indirect erlittenen Schaden ersetzt bekommt; und die positiven Aufwendungen, die der Mandatar gemacht hat, sind doch so gut Schaden, wie das Lucrum cessans, der Gewinn, der ihm dadurch entgangen ist, dass er die aufgewendeten Dinge bis heute hat entbehren müssen. Also aus logischen Gründen wie aus Gründen der Billigkeit möchten wir uns für die Ihering'sche Theorie erklären: Der Mandatar kann Ersatz seines vollen Schadens fordern; er kann verlangen, dass er so gestellt werde, als hätte er nie ein Mandat übernommen; er kann verlangen, dass alle Nachtheile, die unmittelbaren wie die mittelbaren, ihm ersetzt werden![8]) —

§ 4. Die Analogie der für das Mandat mit den für die Societät geltenden Regeln.

Eine sehr schöne Bestätigung finden unsere im Vorstehenden für das Mandat aus den Quellen entwickelten Grundsätze dadurch, dass wir ganz die gleichen bei der Societät in Geltung finden. Zwar behauptet Koppel[1]), man könne nicht vom Societätsverhältnisse gültige Regeln für das Mandat ableiten; aber man wird doch immerhin bei der grossen Aehnlichkeit, die beide Contracte besitzen, daraus, dass wir für beide in den Quellen die gleichen Bestimmungen finden, schliessen können, dass in dieser Uebereinstimmung ein Beweis für die Richtigkeit der abgeleiteten Grundsätze zu finden sei! In dieser Beziehung ist sehr lehrreich eine Stelle, die sich in dem Werke von Schilter: „Praxis iuris Romani in foro Germanico", XXVIII, § 93 findet; hier sagt Schilter in Bezug auf die für das

---

[7]) Ueber die Haftung der Contrahenten u. s. w.

[8]) Vgl. übrigens das Preussische Landrecht I. 5 § 286: „Aller Nachtheil, welcher für Jemand daraus entstanden ist, dass der Andere seinen Pflichten gegen ihn nicht nachgekommen, wird unter dem Interesse begriffen".

[1]) Koppel a. a. O. § 11 S. 30.

Mandat entwickelten Regeln:[2]) ‚id quod et Romani in societatis contractu, in quo tacitum quoddam mandatum Dd. agnoscunt, receperunt'. ‚Tacitum quoddam mandatum' nennt Schilter hier die Societät, und lässt sich gegen diese Bezeichnung auch Manches einwenden, so sind doch speciell die Fälle, die die Quellen zur Erläuterung der in unserem Falle gültigen Regeln anführen, Fälle, in denen eigentlich ein Mandat, ja sogar nicht einmal ein stillschweigendes, sondern ein ausdrückliches Mandat vorliegt. Finden wir nun dabei ganz dieselben Regeln ausgedrückt, wie bei dem Mandat selbst, so sind wir wohl berechtigt, darin eine Bekräftigung der von uns für letzteres gefundenen Gesetze zu erblicken!

Und für die Societät finden wir nun aus den Quellen ganz die nämliche Unterscheidung innerhalb des zufälligen Schadens und demgemässe Haftung, wie sie sich uns für das Mandat ergeben haben. Die Quellen sagen: für Impensae in societatem, das sind solche Verluste, die mit den Geschäften der Societät in innerem Zusammenhange stehen, bekommt der Socius von der Societät Ersatz; für Impensae propter societatem dagegen, die mit der Societät nur äusserlich in Verbindung stehen, nicht in Folge eines der durch sie bedingten Geschäfte direct entstanden sind, bekommt der Socius keinen Ersatz! Das ist genau die Entscheidung, wie sie die Quellen für das Mandat geben!

Die für diese Lehre von der Societät wichtigen Stellen führt Schirmer in seiner bereits öfter genannten Abhandlung an. Es sind dies vor Allem auch hier wieder zwei Stellen, nämlich einmal die l. 52 § 4 D. pro soc. 17, 2 und die l. 60 § 1 D. pro soc. 17, 2. Schirmer glaubt, es bestehe zwischen diesen beiden Stellen eine nicht zu beseitigende Antinomie; dieser Ansicht können wir aber durchaus nicht beipflichten. In der l. 52 § 4 sagt Julianus (dessen Ansicht Ulpian citirt), wenn ein Socius, der zum Ankauf von Waaren unterwegs ist, dabei durch Räuber seiner Habe beraubt wird und ihm seine Sklaven verwundet werden, so könne er von seinem Socius für diese Verluste Ersatz fordern (natürlich nur die Hälfte, da es sich hier ja nur darum handelt, ob der Schaden, den er erleidet, von der Societät, die hier nur aus zwei Personen besteht, getragen wird, wobei er natürlich als der eine Socius die Hälfte des Schadens selbst trägt). Denn, fügt Ulpian hinzu, so wie der Gewinn, so müsse auch der Schaden, den nicht einer der Socii verschuldet habe, also der zufällige Schaden, von den Socii gemeinsam getragen werden.

[2]) Diese Regeln bestimmt Schilter übrigens ganz wie Koch im „Recht der Forderungen". Vgl. oben II. Abschnitt II. Kapitel § 5 S. 40.

Diese Stelle möchten wir der Africanus-Stelle für das Mandat vergleichen: sie giebt das allgemeine Princip, ohne es zu specialisiren.

In der l. 60 § 1 nun sagt Labeo (dessen Ansicht Pomponius citirt): Wenn ein Socius von im Eigenthum der Societät stehenden Sklaven, mit denen er sich, um sie zu verkaufen, auf der Reise befindet, verwundet wird, als er sich ihren Fluchtversuchen widersetzt, so werde er die Kurkosten für diese Wunden nicht mit der Actio pro socio einklagen können, weil dieselben nicht für, wenn auch wegen der Societät aufgewandt seien (‚quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit'). Hier also sagt Labeo, der Socius könne keinen Ersatz für die Kurkosten verlangen, während oben in der anderen Stelle Julianus erklärt hat, der Socius könne dafür Ersatz verlangen. In der l. 61 aber sagt Ulpianus: Nach Julianus wird er dennoch Ersatz für die Kurkosten verlangen können, und die Compilatoren fügen, also in Justinian's Sinne, hinzu: quod verum est, indem sie sich also der Meinung des Julianus anschliessen.

Schirmer sagt, Labeo widerspreche direct dem von Julian und Ulpian aufgestellten Princip[3]). Die Byzantiner dagegen, führt er an, sähen den Unterschied zwischen den beiden Stellen nur darin, dass Labeo die Kurkosten zu den Impensae propter societatem, Julianus sie zu den Impensae in societatem rechne — wenigstens hätten die Compilatoren diesen Unterschied so aufgefasst.

In der That sehen wir nicht ein, wie man den Unterschied anders fassen soll; wir meinen, diese Behauptung der Byzantiner sei so klar, dass sie kaum eines Beweises bedürfe. Denn die Compilatoren werden sich dabei von folgender Erwägung haben leiten lassen. Julianus entscheidet, ohne seine Entscheidung zu specialisiren, ganz allgemein: zufälliger Schaden ist dem Socius zu ersetzen. Nun sind aber die Kurkosten in jenem näher bezeichneten Falle ein zufälliger Schaden: also müssen sie ihm ersetzt werden. Dagegen specialisirt Labeo die allgemeine Entscheidung des Julianus — natürlich unabhängig von einer Kenntniss derselben, die er ja als viel älterer Jurist nicht haben konnte. Nicht jeder zufällige Schaden soll dem Socius vergütet werden, sondern nur der, der mit einem inneren Momente des für die Societät ausgeführten Geschäfts zusammenhängt — Impensae in societatem —; solcher dagegen, der rein äusserlich nur durch dasselbe veranlasst ist — Impensae propter societatem — soll dem Socius nicht ersetzt werden. Nun sind aber die Kurkosten nur Impensae propter societatem — dieser

[3]) Schirmer a. a. O. S. 72.

Ansicht ist Labeo, und er legt so grossen Werth darauf, dass er eine längere Reihe von Beispielen der Impensae propter societatem aufzählt, um die Identität derselben mit dem vorliegenden Falle darzuthun. Es ist, sagt er, in diesem Falle der Kurkosten gerade so: ‚sicuti si propter societatem eum (sc. socium) heredem quis instituere desiisset aut legatum praetermisisset aut patrimonium suum neglegentius administrasset: nam nec compendium (Vortheil!) quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium, veluti si propter societam heres fuisset institutus aut quid ei donatum esset'. Dies sind lauter äusserst treffende Beispiele eines Schadens, der nicht mit einem inneren Momente der Societätsgeschäfte zusammenhängt, der den Socius nicht trifft, weil er gerade diese Geschäfte ausführt, sondern weil er überhaupt einer Societät angehört — und dass diese Angehörigkeit ihm gewisse Nachtheile bringen könne, für welche die Societät nicht aufkommen kann, das hätte er sich vorher überlegen sollen — es zwang ihn ja Niemand, der Societät beizutreten! Es ist hier genau dieselbe Argumentation am Platze, wie beim Mandat! Wenn ihn Jemand nicht zum Erben einsetzt oder er ein Legat ausschlägt, oder er sein eigenes Vermögen nachlässiger verwaltet, weil er einer Societät angehört — so sind dies alles doch Schäden, die den Socius nicht aus der bestimmten Societät heraus treffen, sondern nur äusserlich durch dieselbe veranlasst sind, ihn nur deswegen treffen, weil er überhaupt einer Societät angehört. Und weil nun nach der Ansicht Labeo's die Kurkosten zu Verlusten der letzten Art gehören, so dürfen sie dem Socius nicht ersetzt werden. — So verstanden die Compilatoren die beiden Stellen; und da die des Labeo in Ansehung des allgemeinen Princips nur eine nähere Ausführung, eine Specialisirung derjenigen des Julianus ist, so nahmen sie beide Stellen in das Corpus iuris auf; hinsichtlich der speciellen Streitfrage der Kurkosten aber entschieden sie sich für die Ansicht des Julianus, dem Socius hierfür Ersatz zu gewähren, also für die Ansicht, dass es sich hier um Impensae in societatem handelt. Um eine Antinomie kann es sich hier nicht handeln; dieselbe liegt doch nur dann vor, wenn die Compilatoren eine Stelle aufnehmen, bei der sie sich nicht erinnern, dass dieselbe der in einer früheren Stelle über denselben Fall gegebenen Entscheidung widerspricht; wenn sie aber selbst bei der Aufnahme der zweiten Stelle auf die erste, wie dies hier geschieht, verweisen, müssen sie sich doch — soviel darf man ihnen doch zutrauen! — darüber klar gewesen sein, dass beide Stellen harmoniren! Wie diese Harmonie nun für ihren und auch unseren Blick beschaffen war, das haben wir eben dargelegt.

So haben wir also für die Societät genau die nämliche Entscheidung, wie für das Mandat, und dies ist uns nicht nur um dessentwillen erfreulich, weil uns dieser Umstand beweist, dass eine solche Eintheilung des zufälligen Schadens, wie wir sie für das Mandat gefunden haben, keineswegs vereinzelt ist, sondern auch deswegen, weil die in den Quellen behandelten Societätsfälle eigentlich nichts als Auftragsfälle sind; gehen doch die für die Societät zu verrichtenden Geschäfte dahin, dass ein Socius den Auftrag übernehme, einen Sklaven zu verkaufen!

III. Abschnitt.

Die Haftung des Mandanten abhängig von dem Verhalten des Mandatars.

Wir hatten bisher bei der Betrachtung der Haftung des Mandanten vom Verhalten des Mandatars immer völlig abstrahirt und angenommen, dass derselbe seinen Auftrag im vorgeschriebenen Umfang und völlig so, wie es die Absicht des Mandanten gewesen, erfüllt habe. Wir werden nun noch einen Blick darauf zu werfen haben, inwiefern die Haftung des Mandanten durch das Verhalten des Mandatars beeinflusst wird. Wir können uns dabei sehr kurz fassen, denn es handelt sich jetzt nicht um die Entwickelung von Regeln, sondern nur um die Anwendung der in der vorhergehenden Darstellung gewonnenen auf bestimmte specielle Fälle der Ausführung des Mandats.

Im Allgemeinen gilt für den durch das Verhalten des Mandatars entstandenen Schaden der Grundsatz: Hat der Mandatar den erlittenen Schaden sich durch seine eigene Culpa — und sei es auch nur Culpa levis — zugezogen, so wird er ihn auch zu tragen haben und vom Mandanten keinen Ersatz verlangen können. Es folgt dies aus denselben allgemeinen Regeln, wie die Haftung des Mandanten für den durch seine Culpa entstandenen Schaden, aus den Regeln des römischen Rechts nämlich, dass Jeder die Folgen seiner eigenen Verschuldung zu tragen habe. Es folgt aber auch speciell für unseren Fall aus dem § 7 der Africanus-Stelle, in welchem Africanus von den vorher aufgestellten Grundsätzen sagt: ‚Haec ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius, qui mandatum vel depositum susceperit, intercedat'. Auch Paulus sagt ja in der Paulus-Stelle ausdrücklich: ‚si tamen sine culpa tua id acciderit'. Für solchen Schaden bestimmen die oben entwickelten Regeln keine Haftpflicht des Mandanten; denn der durch die Culpa des Mandatars entstandene Schaden ist eben kein zufälliger Schaden mehr! Africanus führt für den Fall,

wo der Mandatar den erlittenen Schaden seiner eigenen Culpa zuzuschreiben hat, im § 7 ein treffendes Beispiel an: Wenn der Mandatar dem Sklaven Geld anvertraut, wo es der Herr des Sklaven niemals gethan haben würde! Auch hier wird es selbstverständlich wieder zahlreiche Fälle geben, in denen es streitig ist, ob Culpa des Mandatars vorliegt oder nicht; die Entscheidung hierüber wird dem billigen Ermessen des Richters überlassen bleiben müssen. So wenig aber ein Grund vorliegt, den Begriff der Diligentia diligentis patrisfamilias bei dem Mandanten weiter auszudehnen als bei anderen Contracten, ebenso wenig liegt dazu beim Mandatar ein Grund vor.

Nach diesem allgemeinen Grundsatze werden alle einzelnen Fälle leicht zu entscheiden sein. Als Hauptfälle kommen dabei die falsche Ausführung des Auftrags und die Ueberschreitung des Auftrags in Betracht. Hat der Mandatar den Schaden bei der Ausführung eines falsch oder nicht völlig verrichteten Auftrags erlitten, so fragt es sich vorerst, ob ihn der Schaden getroffen, auch wenn er den Auftrag ganz richtig ausgeführt hätte, ob der Schaden also nicht gerade mit einem Moment zusammenhängt, das erst durch die falsche Ausführung in den Bereich des Auftrags hineingezogen worden ist. Ist dies nicht der Fall, hätte ihn der Schaden auch bei richtiger Ausführung getroffen, so wird der Mandant ihn zu tragen haben, vorausgesetzt, dass es ein solcher ist, für den er nach den allgemeinen oben entwickelten Regeln zu haften hat. Hat der Schaden dagegen den Mandatar nur deswegen getroffen, weil er den Auftrag unrichtig oder hinter dem vorgeschriebenen Umfange zurückbleibend ausgeführt hat, so wird zuerst zu untersuchen sein, wen die Schuld an der unrichtigen Ausführung trifft. Trifft sie den Mandanten, hat er sich zum Beispiel nicht deutlich genug ausgedrückt, so wird dieser den Schaden — immer vorausgesetzt, dass es ein solcher ist, für den er nach den allgemeinen Regeln haftet — zu tragen haben; trifft sie dagegen den Mandatar, hat er sich zum Beispiel nicht genügend informirt, so wird er den erlittenen Schaden auf sich nehmen müssen. Natürlich dürfen die eben berührten Momente nicht so schwerwiegend sein, dass wegen wesentlichen Irrthums gar kein Vertrag zu Stande käme; wie in solchem Falle zu entscheiden wäre, das haben wir schon oben angedeutet[1]). Ebenso verhält es sich bei der Ausführung eines Auftrags, den der Mandatar überschreitet. Nach der Ansicht der Sabinianer stand dem Mandatar, der seinen Auftrag überschritten hatte, zwar überhaupt gar keine Actio contraria zu. Die Prokulianer dagegen stellten, wie

[1]) S. II. Abschnitt II. Kapitel § 4 S. 35.

Puchta sich ausdrückt, „eine benignior Sententia auf, welche dem bonae fidei Negotium angemessener und daher die herrschende geworden ist, dass nämlich der Mandant bis zu dem festgesetzten Preise verpflichtet wird“[2]). Daraus folgt, wie oben, dass, wenn der Schaden den Mandatar nicht durch ein in demjenigen Theile des Auftrags liegendes Moment, der allein durch die Ueberschreitung veranlasst ist, sondern auch bei richtiger Ausführung des Auftrags getroffen hätte, der Mandant diesen Schaden ersetzen muss; während der Schaden, der nur dadurch herbeigeführt ist, dass der Mandatar den Auftrag überschritten, demjenigen wieder aufzuerlegen ist, der durch seine Culpa die Veranlassung zur Ueberschreitung gegeben hat.

Eine andere Frage ist die, ob der Mandant auch dem Substituten oder Gehülfen, den sich der Mandatar für die Ausführung seines Auftrags bestellt, den Schaden in gleichem Maasse wie dem Mandatar selbst zu ersetzen verpflichtet ist. Vorausgesetzt nun, dass der Mandatar zur Substitutionsbestellung befugt war, was erstens dann der Fall ist, wenn der Mandant seine Einwilligung zur Substitutionsbestellung ertheilt hat, oder zweitens dann, wenn das aufgetragene Geschäft von der Art war, dass der Mandatar es ohne Substituten oder Gehülfen nicht erfüllen konnte, dies vorausgesetzt, ist der Mandant verpflichtet, dem Substituten des Mandatars denjenigen Schaden zu ersetzen, der den Mandatar selbst voraussichtlich ebenfalls getroffen hätte und den er diesem ebenfalls zu ersetzen verpflichtet gewesen wäre[3]). Was den Weg betrifft, auf dem der Substitut Ersatz für seinen Schaden verlangen kann, so wird derselbe den allgemeinen für die Substitutsbestellung geltenden Regeln gemäss sich zuerst an den Mandatar wenden müssen, da ja kein unmittelbares Rechtsverhältniss zwischen dem Stellvertreter und dem Urheber des Auftrags besteht[4]).

Dass alle für die Haftung des Mandanten entwickelten Regeln dann cessiren, wenn dieselbe durch Vertrag zwischen beiden Contrahenten ausdrücklich anders geregelt ist, bedarf keiner Erwähnung: wir haben es eben hier selbstverständlich mit Ius dispositivum zu thun.

---

[2]) Siehe Puchta, Institutionen, S. 359; vgl. Windscheid, Pandekten II § 410 S. 489 und die dort citirten Stellen; Dernburg, Pandekten II S. 315 Anm. 13.

[3]) Vgl. darüber Windscheid, Pandekten II § 410; Dernburg, Pandekten II S. 313; Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs II § 589. Vgl. a. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 10 No. 40 S. 139.

[4]) Vgl. Unterholzner, Schuldverhältnisse, S. 591.

IV. Abschnitt.

Allgemeine Uebersicht.

Betrachten wir zum Schluss in einer Uebersicht das ganze Contractssystem, so haben wir dieselbe Entscheidung über den Umfang der Haftung der Herren des Geschäfts für zufälligen Schaden beim Mandat, bei der Societät, beim Depositum und beim Pfandcontract[1]), für die beiden letzteren allerdings ohne Specialisirung, auf die wir aber aus der Analogie mit den beiden erstgenannten Contracten wohl auch hier schliessen dürfen. Dagegen ist jegliche Haftung für zufälligen Schaden von den Quellen abgelehnt bei der Miethe und beim Commodat. Und es dürfte nicht schwer sein, nachzuweisen, dass es keineswegs willkürliche Unterscheidungen, sondern fest begrenzte Principien sind, die die Quellen zu dieser Entscheidung geführt haben. Mandat, Societät und Depositum sind Verträge, bei denen, was die Beziehungen der Contrahenten betrifft, weniger die Absicht auf Gewinn, als die freundschaftliche Gesinnung den leitenden Factor abgiebt. Allerdings will der Mandant einen Vortheil vom Mandat, der Socius einen Vortheil von der Societät[2]), der Deponent einen Vortheil vom Depositum haben: aber was den Mandatar zur Uebernahme des Auftrags, den Depositar zur Uebernahme des Depositums bewegt, ist nicht die Aussicht auf Gewinn, sondern die Absicht, dem Mitcontrahenten einen Dienst zu leisten. Ebenso, was den Socius mit dem Socius verbindet, ist doch nicht die Absicht, dass der Eine von dem Andern sich Gewinn verschaffe, sondern dass der Eine dem Andern seine Kräfte zur Verfügung stelle, um gemeinsam gewisse Zwecke zu erreichen. Nicht ganz dieselbe reine Natur hat der

[1]) Ueber letzteren s. II. Abschnitt III. Kapitel § 1 S. 56.

[2]) Derselbe braucht durchaus nicht materieller Natur zu sein, er kann auch rein ideeller sein, um im Verein gewisse Ziele zu erreichen. Vgl. Motive für den Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs Bd. 2 S. 591: „Der gemeinsame Zweck kann der verschiedensten Art, braucht keineswegs ein Erwerbs- oder Vermögenszweck zu sein".

Pfandcontract aufzuweisen: hier beabsichtigt der Gläubiger, durch das Pfand eine Sicherstellung für seine Forderung zu gewinnen. Dennoch ist er jenen obigen Contracten beigezählt worden: Denn es ist dabei darauf Rücksicht genommen, dass es in der Regel zwar auch die Absicht, Zinsen zu erwerben, aber doch auch das Bestreben, den Schuldner in seiner Nothlage zu unterstützen, war, was den Gläubiger zur Darreichung des Darlehns bewog; deshalb sollen auf das ihm zu seiner Sicherstellung gegebene Pfand jene Grundsätze der Billigkeit Anwendung finden. Da alle diese Contracte also von Seiten des Schuldners mehr uneigennütziger Art sind, so erfordert es die Billigkeit — eine ideale Forderung also —, dass, wer so uneigennütziger Weise eine Verpflichtung übernimmt, dadurch nicht zu Schaden komme, weshalb der zufällige Schaden, den er dabei erleidet, zum grössten Theile dem Herrn des Geschäfts zur Last gelegt wird[3]).

Anders dagegen ist es bei der Miethe und dem Commodat. Bei der Miethe ist auf beiden Seiten lediglich die Absicht maassgebend, einen Vortheil zu erzielen; hier wird Alles materiell beglichen; und wo Alles materiell geordnet ist, da kommen ideelle Rücksichten nicht in Frage. Ebenso beim Commodat; hier hat der Commodatar allen Vortheil vom Geschäft ganz allein, warum soll der Commodant da auch noch über die gewöhnliche Grenze hinaus haften? Hier erfordert es seine Uneigennützigkeit, dass er keinen Schaden erleide, und der Vortheil, den der Commodatar hat, dass er auch etwaige Nachtheile auf sich nehme! —

Wir sehen also, wie in den Quellen unsere ganze Frage auf das Schönste geregelt ist; nicht nach der Willkür, die ohne Wahl ihre Regeln giebt, sondern nach der Gerechtigkeit, die nach allgemein leitenden Grundsätzen ihre Gesetze formt. Und zwar, das erkennen wir hier deutlich, nicht nach den Grundsätzen einer materiellen, nur die realen Thatsachen wahrnehmenden Gerechtigkeit, sondern einer ideellen, die Jedem das Seine abwägt nach seiner Handlung und Gesinnung. —

---

[3]) Die nähere Motivirung s. oben beim Mandat, II. Abschnitt III. Kapitel § 2 S. 66 ff.

Anhang.

Uebersicht über die Bestimmungen einiger hauptsächlicher Gesetzbücher in unserer Frage.

Wir geben zum Schlusse unserer Arbeit in Nachstehendem noch eine kurze Uebersicht über die Bestimmungen, die einige hauptsächliche Gesetzeswerke in unserer Frage enthalten. Hierbei können wir uns sehr kurz fassen, da unsere Aufgabe sich ja auf die Darstellung der Lehre des gemeinen Rechts beschränkt, und diese Uebersicht also nur den Zweck haben kann, das im Vorstehenden gewonnene Resultat mit den Vorschriften anderer bedeutender Rechtsquellen zu vergleichen.

Das Preussische Landrecht regelt unsere Frage im § 80 und § 81 des 13. Titels des I. Theils folgendermaassen:

§ 80. „Unglücksfälle, welche den Bevollmächtigten bei Ausrichtung des Geschäfts treffen, ist der Machtgeber nur insofern zu vergüten schuldig, als er dazu auch nur durch ein geringes Versehen Anlass gegeben hat."

§ 81. „Doch muss der bloss zufällige Schaden auch alsdann vergütet werden, wenn der Bevollmächtigte die bestimmte Vorschrift des Machtgebers, ohne sich der Gefahr einer solchen Beschädigung auszusetzen, nicht hat befolgen können."

Nach der Bestimmung des Preussischen Landrechts (§ 80) haftet der Mandant also einmal für geringste Culpa — es ist dies ein dem Preussischen Landrecht eigenthümlicher Begriff, der eine grössere Haftung als für Culpa levis und trotzdem nicht Haftung für Zufall bedeuten soll. Dieser Begriff der Culpa levissima ist dem römischen Rechte fremd. Zwar hat Baron in seinem Aufsatze: „Die Haftung für Custodia"[1]), nachzuweisen versucht, dass er auch im Corpus iuris vorkomme in der Anwendung, dass gewisse Schuldner für jeden Schaden aufkommen müssen, welcher durch Beschädigung oder Dieb-

[1]) Archiv für die civilistische Praxis Bd. 52 S. 44 ff.

stahl an der geschuldeten Sache eintritt, auch wenn sie ohne alle Culpa sind, und nur durch Zufall oder höhere Gewalt befreit würden. Diese Art der Haftung bezeichneten die Quellen mit dem Ausdruck Custodia oder exactissima Diligentia. Allein seine Ausführungen sind keineswegs stichhaltig, denn in den Fällen, in denen die Quellen diese oder ähnliche Worte gebrauchen, haben wir es nur mit einem anderen Ausdruck oder mit einer näheren Umgrenzung der gewöhnlichen Diligentia, hier und da auch mit einer ungenauen Redeweise zu thun[2]). Sowohl das Preussische Landrecht als auch Baron in der Theorie, die er in dieser Materie für das römische Recht aufstellt, unterscheiden von dieser Haftung für Culpa levissima noch die Haftung für Zufall; wo aber diese beiden Gebiete sich von einander abgrenzen, das dürfte sehr schwer zu bestimmen sein, und also in denjenigen Fällen, in denen nach dem Preussischen Landrecht der Mandant zwar nicht aus dem Zufall, vielleicht aber doch aus der Culpa levissima heraus haftet, zu einer Quelle mannigfacher Streitpunkte werden. Nach dem § 81 des Preussischen Landrechts haftet der Mandant auch für denjenigen zufälligen Schaden, der den Mandatar, wollte er den ihm gewordenen Auftrag rechtmässig erfüllen, nothwendig treffen musste; ein Schaden also, der, wie wir es oben für das gemeine Recht fixirt haben, innerlich mit dem Auftrage zusammenhängt. Wir sehen also, dass das Preussische Landrecht dieselbe Theorie annimmt, wie wir sie für das gemeine Recht gefunden haben, nicht aber eine, die, wie Koppel[3]) meint, mit der Mommsen'schen identisch ist; denn da das Landrecht im § 81 sagt: dieser mit dem Auftrag zusammenhängende Schaden soll dem Mandatar ersetzt werden, und weiter nichts hinzufügt, so heisst das doch: der nicht mit dem Auftrag zusammenhängende Schaden soll dem Mandatar nicht ersetzt werden! Danach allein unterscheidet also das Preussische Landrecht; es setzt aber nicht, wie Mommsen dies thut, zu diesem „mit dem Inhalt des Mandats zusammenhängend" die „Ausführung" desselben in Gegensatz[4])! —

Was das „Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch" betrifft, so regelt dasselbe unsere Frage zwar nicht für das Mandat, wohl aber für die Societät, und das ist für uns beinahe gleichbe-

---

[2]) Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. 2 § 264 S. 53 Anm. 9. sowie die dort citirte Litteratur.

[3]) Koppel a. a. O. § 17 S. 39.

[4]) Vgl. noch zu der Ansicht des Preussischen Landrechts in unserer Frage: Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. 2 § 183 S. 527; Foerster-Eccius, Preuss. Privatrecht Bd. 2 § 141 S. 333; Koch, Commentar zum Preuss. Landrecht Anm. 56. Vgl. a. Koppel a. a. O. § 17 und den dort richtig widerlegten Zusatz Dernburg's.

deutend. Das Handelsgesetzbuch sagt in Artikel 93 Absatz 1 bei Gelegenheit der „offenen Handelsgesellschaft:“

„Für die Auslagen, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten macht, für die Verbindlichkeiten, welche er wegen derselben übernimmt, und für die Verluste, welche er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, welche von derselben unzertrennlich sind, erleidet, ist ihm die Gesellschaft verhaftet.“

Also auch hier begegnen wir der Unterscheidung des gemeinen Rechts: Verluste u. s. w., die unmittelbar mit der Geschäftsführung zusammenhängen — nach unserer Ansicht also ganz dasselbe, wie die Impensae in societatem —, werden dem Socius ersetzt.

Wir sehen also, dass beide deutsche Gesetzbücher die nämlichen Bestimmungen adoptirt haben, die sich uns aus den Quellen für das gemeine Recht ergeben. Sehr interessant ist es aber, auch beim Code civil die gleichen Grundsätze vorzufinden.

Der Code civil bestimmt im Artikel 2000:

‚Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable.‘

Verluste, die der Mandatar ‚à l'occasion de sa gestion‘ — wörtlich „bei Gelegenheit seiner Geschäftsführung“ erlitten hat, muss ihm der Mandant ersetzen. Dies ‚à l'occasion‘ heisst hier aber nicht soviel, wie das deutsche „bei Gelegenheit“, das zum Beispiel Ihering gebraucht und das die Haftung des Mandanten gerade ausschliesst, da es Verluste bezeichnet, die nur äusserlich mit dem Mandat zusammenhängen; das französische ‚occasion‘ bezeichnet hier nicht das Zufällige, wie das deutsche „bei Gelegenheit“, sondern vielmehr gerade die thatsächliche Veranlassung, den thatsächlichen Zusammenhang; ‚des pertes essuyées à l'occasion de sa gestion‘ heisst also: Verluste, die den Mandatar aus Veranlassung seiner Geschäftsführung getroffen haben. Also auch hier dieselbe Unterscheidung zwischen Schaden, der durch ein Moment des Auftrags selbst veranlasst ist, und solchem, der nur äusserlich mit demselben zusammenhängt. Noch deutlicher geht diese Stellung des Code civil aus dem Artikel 1852 hervor, der die Haftung für die Societät im gleichen Falle bestimmt:

‚Un associé a action contre la société .... des risques inséparables de sa gestion.‘ Alle Verluste also, die von der Geschäftsführung unzertrennlich sind, das heisst alle Verluste, die mit der Geschäftsführung innerlich zusammenhängen (inséparables — so sehr zusammenhängen, dass sie nicht davon getrennt werden können), müssen dem Socius von der Societät ersetzt werden. —

Und der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs? Er schweigt über unsere Frage vollständig. Schlagen wir die Motive nach, so finden wir Folgendes bemerkt[5]): „In Ansehung der Frage, inwiefern der Auftraggeber den Schaden zu tragen habe, welchen der Beauftragte bei Ausführung des Auftrags durch Zufall erleidet, kann wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine Entscheidung durch das Gesetz nicht gegeben werden". Denselben Standpunkt nehmen Entwurf und Motive in der Societätsfrage ein[6]).

Wir halten diesen Standpunkt für sehr bedenklich. Zwar, dass es dem Richter in jedem einzelnen Falle gelingen wird, aus dem Geiste des Rechts das, was gerecht ist, zu treffen, daran zweifeln wir nicht. Wir werden im Allgemeinen, was den Richter betrifft, den Worten Hasse's[7]): „Ich habe es überhaupt niemals für möglich oder für wünschenswerth gehalten, den Richter in allen Rechtsangelegenheiten unter den Buchstaben eines geschriebenen Gesetzes zu zwängen" — zustimmen können, und mit ihm den Hauptwerth darauf legen, dass die Richter kluge und rechtschaffene Richter sind, „die Zeit und Gelegenheit und Willen gehabt haben, sich mit dem Geiste des Rechts bekannt zu machen", da man dem Arbitrium solcher Richter ruhig einen weiten Spielraum lassen darf. Allein, müssen wir sagen, hier kommt nicht nur der Richter in Betracht, der doch nur um der Parteien willen da ist, sondern auch die Partei, die, um ihr Recht zu verfolgen, vor den Richter kommt. Niemand lässt sich gern in einen Process ein, dessen Ausgang für ihn zweifelhaft ist; er wird daher, ehe er einen Rechtsstreit anhängig macht, sich informiren wollen, ob nach den bestehenden Gesetzen ein günstiger Ausgang für ihn wahrscheinlich ist. Wird er nun dabei erfahren, dass sich über die wahrscheinliche Entscheidung seiner Angelegenheit vorher absolut kein Urtheil abgeben lasse, da bei dem Mangel specieller Vorschriften Alles von der überaus zweifelhaften Anwendung allgemeiner Rechtsregeln auf die vorliegende Materie durch den Richter abhänge, so wird er in vielen Fällen, in denen er mit seinem Anspruch vielleicht durchgedrungen wäre, die Verfechtung desselben unterlassen, da er fürchten muss, Zeit und Kosten umsonst zu verschwenden. Dass gerade der Mandatar oft in dieser Lage sein wird — denn wohl in den wenigsten Fällen wird die Lücke des Gesetzes durch ausdrückliche Vertragsstipulationen der Contrahenten ausgefüllt werden —, das bedarf keiner Versicherung.

[5]) Motive Bd. 2 S. 541.
[6]) Motive Bd. 2 S. 609.
[7]) Hasse a. a. O. S. 400 f.

Nun hat aber sowohl der Einzelne für sich, als auch die Gesammtheit — selbst wenn man nicht alle Forderungen Ihering's in seinem „Kampf um's Recht" anerkennt — ein grosses Interesse daran, dass Jedem zu seinem Recht verholfen werde, dass Niemand deshalb Unrecht erleide, weil die Möglichkeit, sein Recht zu erstreiten, ihm durch das Fehlen jeglicher positiven Bestimmungen so sehr erschwert wird. Verbitterung des Einzelnen, ein unvermeidlicher Rückschritt der Gesammtheit würde die Folge davon sein. Gerade jetzt, wo ein neues gewaltiges Gesetzeswerk ausgearbeitet wird, möchten wir diese Warnung eindringlich aussprechen und, um mit einem praktischen Vorschlag ein Scherflein zu der Beseitigung dieser Gefahr beizusteuern, dem Entwurf speciell für unsere Frage die Aufnahme derjenigen Regeln anempfehlen, durch die, wie wir gesehen haben, das gemeine Recht unsere Frage so schön geordnet hat. Wir schlagen dem Entwurf die Einschiebung eines Paragraphen vor, der ungefähr folgenden Wortlaut hat:

Schaden, den der Beauftragte bei der Ausführung seines Auftrags erleidet, ist der Auftraggeber ihm dann zu ersetzen verpflichtet, wenn der Schaden durch sein Verschulden oder, wenn beiderseits unverschuldet, durch ein im Auftrage selbst liegendes Moment veranlasst ist.

Litteratur.

Arndts, Pandekten. 11. Auflage. Stuttgart 1883.

Baron, Die Haftung für Custodia, im Archiv für die civilistische Praxis, Band 52.

Brinz, Pandekten. 2. Auflage. Erlangen 1886.

Dernburg, Pandekten. 3. Auflage. Berlin 1892.

— Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. 4. Auflage. Halle a. S. 1884.

— Das Pfandrecht. I. Leipzig 1860.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. 6. Auflage. Berlin 1892.

Girard, Les actions noxales, in der Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger. Paris 1890.

Glück, Erläuternng der Pandekten. XV. Erlangen 1813.

Hasse, Die Culpa des römischen Rechts. 2. Auflage. Bonn 1838.

Ihering, Culpa in contrahendo, in den Jahrbüchern für Dogmatik. IV. Jena 1860.

Koch, Das Recht der Forderungen. III. 2. Auflage. Berlin 1859.

Koppel, Haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für den zufälligen Schaden, welchen dieser bei Ausführung des Auftrages erlitten hat? Breslau 1886.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. II und III. Braunschweig 1855.

— Erörterungen aus dem Obligationenrecht. II. Braunschweig 1879.

Puchta, Cursus der Institutionen. II. 9. Auflage. Leipzig 1881.

— Pandekten, 7. Auflage. 1853.

Schilter, Praxis iuris Romani in foro Germanico. Tom. I. Jena 1684.

Schirmer, Zur Lehre von dem Periculum casus bei Obligationen, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. X. Weimar 1872.

Unterholzner, Die Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. II. Leipzig 1840.

v. Vangerow, Pandekten. III. 7. Auflage. Marburg 1863—1869.

Waechter, Ueber die Frage: wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? Im Archiv für die civilistische Praxis. Band 15. No. 5 und 9.

Waentig, Ueber die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen. Leipzig 1875.

Windscheid, Pandekten. 7. Auflage. Frankfurt a. M. 1891.

v. Wyss, Die Haftung für fremde Culpa. Zürich 1867.

Zimmern, Das System der römischen Noxalklagen. Heidelberg 1818.

Aeltere Litteratur siehe bei Koppel a. a. O.

Corpus iuris civilis von Mommsen und Krüger. 1888. 1889.
Gai institutiones von Krüger und Studemund. Berlin 1877.
Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, von Koch. II. 8. Auflage. Berlin u. Leipzig 1886.
Code civil annoté par Fuzier-Herman. Paris 1885.
Deutsches Handelsgesetzbuch, von Friedberg. 2. Auflage. Leipzig 1892.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Band 10 No. 40, Band 16 No. 26.
Entscheidungen des Reichs-Ober-Handelsgerichts. Band 14.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1888.
Motive zu demselben. Berlin u. Leipzig 1888.

Thesen.

I.

Durch Telephon zu Stande gekommene Verträge sind als unter Abwesenden geschlossen anzusehen.

II.

Die Actio Publiciana steht auch demjenigen zu, welcher bona fide von einem Furiosus etwas erworben hat.

III.

Die Idee des imperativen Mandats der Abgeordneten ist zu verwerfen.

Lebenslauf.

Ich, Hermann Hanau, evangelischer Confession, wurde am 20. Juli 1871 zu Frankfurt a. M. geboren als Sohn des Kaufmanns Heinrich Anton Hanau und seiner Gattin Anna Hanau, geb. Oswalt. Der Vorschul-Unterricht wurde mir in der Wöhlerschule zu Frankfurt a. M. zu Theil. Bis Ostern 1887 gehörte ich dem Gymnasium zu Frankfurt a. M. an, bis Ostern 1890 dem zu Bensheim, und erhielt daselbst am 5. März 1890 das Zeugniss der Reife zur Universität.

Im Sommersemester 1890 besuchte ich die Universität Heidelberg und liess mich in der philosophischen Facultät inscribiren, um Philologie zu studiren. Im Herbst 1890 bezog ich die Universität Leipzig und trat dort zur juristischen Facultät über. Herbst 1891 liess ich mich zu Berlin immatriculiren und verbrachte daselbst den ganzen übrigen Theil meiner Studienzeit, vier Semester. Neben den juristischen Studien pflegte ich die Beschäftigung mit den allgemeinen Wissenschaften. Meine Lehrer waren die Herren Biedermann, Brandt, Brentano, Brunner, Dambach, Dernburg, v. Duhn, Erler, Kuno Fischer, Flügel, Geiger, Gierke, Goldschmidt, Gradenwitz, Grimm, Herrmann, Hinschius, Hübler, v. Kaufmann, Kohler, Kuntze, Maurenbrecher, Pernice, Roscher, Adolf Schmidt, Erich Schmidt, Schmoller, Schöll, Seydel, Sohm, Springer, Strassmann, v. Treitschke, Weber, Windscheid, Witkowski. Allen diesen Herren sage ich hiermit meinen ehrfurchtsvollen Dank.

Am 3. August 1893 wurde mir von der juristischen Facultät der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin für die Arbeit: „Unter welchen Voraussetzungen haftet nach gemeinem Recht der Mandant für Schaden, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrags erwächst“ der Königliche Preis für das Jahr 1893 zuerkannt. Am 15. December 1893 bestand ich vor der Prüfungscommission beim Königlichen Kammergericht die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädicat „Gut“ und am 26. Juni 1894 das Rigorosum mit dem Prädicat „Cum laude“.

Seit dem 19. Februar 1894 arbeite ich als Kammergerichtsreferendar am Amtsgericht zu Rixdorf.